UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LE

FONDEMENT JURIDIQUE

DE LA

CONTRIBUTION POUR AVARIES COMMUNES

ÉTUDE HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE

pour le Doctorat (Sciences juridiques)

PAR

Abel LLINAS

Avocat à la Cour d'Appel

Diplômé du certificat d'études pénales

Attaché au Parquet du Procureur de la République

MONTPELLIER

Imprimerie l'ABEILLE (Coopérative Ouvrière)

14, Avenue de Toulouse. — Téléphone : 8-78

1922

ESSAI

SUR LE

FONDEMENT JURIDIQUE

DE LA CONTRIBUTION POUR AVARIES COMMUNES

Etude historique et critique

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LE

FONDEMENT JURIDIQUE

DE LA

CONTRIBUTION POUR AVARIES COMMUNES

ÉTUDE HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE

pour le Doctorat (Sciences juridiques)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PAR

Abel LLINAS

Avocat à la Cour d'Appel

Diplômé du certificat d'études pénales

Attaché au Parquet du Procureur de la République

MONTPELLIER

Imprimerie l'ABEILLE (Coopérative Ouvrière)

14, Avenue de Toulouse. — Téléphone : 8-78

1922

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VALÉRY, doyen, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.
MOYE, professeur de Droit internat. public, assesseur.
CHARMONT, professeur de Droit civil (en congé).
MORIN, professeur de Droit civil.
DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel.
BECQUÉ, professeur de Droit civil.
DE NESMES DESMARETS, professeur de Droit administratif.
ROCHE-AGUSSOL, profes. d'Économie politique.
BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.
DIJOL, chargé de cours de Procédure.
VINCENT, chargé de cours de Droit romain.
BOSC, chargé de cours de Droit civil.
SURET, chargé de cours d'Economie politique.
GUENOUN, chargé de cours de Droit romain.
VIALLETON, chargé de cours de Droit civil.
VIGIÉ et BRÉMOND, doyens honoraires.
LABORDE et CHAUSSE, professeurs honoraires.
ROCHETTE, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

MM. BECQUÉ, *président.*
VALERY, doyen
VINCENT, chargé de cours } *Membres.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MES MAITRES

Tribut de reconnaissance.

A. LLINAS.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547021_0016

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 11

PREMIÈRE PARTIE

Période romaine

CHAPITRE I. — De la nécessité pour Rome d'avoir une législation maritime 13

CHAPITRE II. — Témoignages des jurisconsultes romains sur la loi rhodienne (Etude de la Lex Rhodia de jactu. D., XIV, 2) 20

Section I. — Le premier siècle 21

§ 1. — Les prédécesseurs des Proculiens : Ofilius, Servius, Alfenus 21

§ 2. — Les Proculiens : M. Antistius Labeo 24

§ 3. — Les Sabiniens : Masurius Sabinus 25

Section II. — Le deuxième siècle : Mécien et Julien ... 26

Section III. — Le troisième siècle : Papirius Fronto, Callistrate, Papinien, Paul, Hermogénien 28

CHAPITRE III. — Théorie romaine des avaries communes et son fondement juridique 36

§ 1. — La Communauté juridique de risques 36

§ 2. — L'œuvre de l'Ecole servienne 39

§ 3. — Forme dogmatique et principe de base 45

DEUXIÈME PARTIE

Période médiévale et moderne

Pages

TITRE I. — La Χρεωκοινωνία pseudo-rhodienne 59

Chapitre I. — La chute de Rome 59

Chapitre II. — Le droit byzantin et le droit pseudo-rhodien 65

§ 1. — Les Basiliques 66

§ 2. — Ὁ νόμος τῶν Ρωδίων ναυτικός 68

Chapitre III. — Fondement juridique 74

TITRE II. — L'agermanament catalan 79

Chapitre I. — Les sources médiévales 79

Chapitre II. — Le Consulat de la mer 88

Section I. — Organisation interne du navire 93

Section II. — Configuration générale de l'institution .. 96

§ 1. — En face du péril 97

§ 2. — En dehors de tous périls 112

Chapitre III. — Fondement juridique 116

Section I. — La démonstration de Goldschmidt 120

Section II. — Les erreurs de Pardessus et de M. Haralambidis 137

TITRE III. — Le germinamento italien 148

Chapitre I. — La victoire du droit romain 151

§ 1. — Le chapitre 239 du Consulat de la mer 151

§ 2. — Les rôles ou jugements d'Oléron 155

§ 3. — Le Guidon de la mer 158

§ 4. — L'Ordonnance de la Marine de 1681 160

Chapitre II. — L'asservissement du Consulat 163

Section I. — L'adoption du Consulat 163

Section II. — Son incompréhension : le germinamento. 165

§ 1. — Targa et Casaregis 165

§ 2. — Les auteurs français du XVIII^e^ siècle 168

§ 3. — L'investigation historique moderne 169

TROISIÈME PARTIE

Période contemporaine

Pages

TITRE I. — Caractéristiques de l'avarie commune 173

Chapitre I. — Mécanisme..... 173

Section I. — La délibération du navire..... 174

§ 1. — Le germinamento et l'art. 410. L'agermanament et l'art. 400 *in fine*. La jurisprudence française. 174

§ 2. — La doctrine et les législations étrangères..... 177

Section II. — Le capitaine..... 180

Section III. — L'action volontaire..... 187

§ 1. — Le but : bien et salut commun du navire et de la cargaison (art. 400 *in fine*)..... 188

§ 2. — Les motifs : la volonté commune, le danger commun..... 191

§ 3. — Le sacrifice..... 195

§ 4. — Le résultat..... 202

Chapitre II. — Action en contribution..... 207

TITRE II. — Fondement juridique..... 212

§ 1. — La théorie « ubi emolumentum, ibi onus » de M. Haralambidis..... 212

§ 2. — La théorie de l'enrichissement sans cause de M. Daujon et celle de l'assurance mutuelle de M. Ripert..... 217

§ 3. — La théorie de l'assurance obligatoire de M. Bonnecasse..... 219

Conclusion..... 222

Bibliographie..... 225

ESSAI

SUR LE

FONDEMENT JURIDIQUE

DE LA

CONTRIBUTION POUR AVARIES COMMUNES

INTRODUCTION

Il n'y a pas dans notre Droit une institution qui ait derrière elle un aussi long passé que celle des avaries communes.

En effet, si nous en croyons les témoignages des jurisconsultes romains, l'honneur de l'élaboration de cette théorie reviendrait incontestablement aux habiles navigateurs que furent les Rhodiens. Nous n'avons malheureusement pas le texte de la loi rhodienne ; mais l'influence de cette dernière a été si considérable que Justinien a rassemblé au tit. 2, liv. XIV du Digeste, sous la rubrique : « Ex lege Rhodia de jactu », tous les commentaires que les jurisconsultes de Rome lui ont consacrés. La célébrité de cette loi s'est perpétuée bien au delà de la période romaine : dans une compilation du VIII[e] siècle, écrite sous l'empereur Léon l'Isaurien, on nous expose les principes qui furent vraisemblablement ceux de la véritable loi rhodienne.

Dès lors, nous avons pensé qu'il nous serait bien difficile de dégager le fondement actuel de l'institution des avaries communes, si nous n'étudiions, au préalable, la pratique romaine, la législation hellénique, et si nous ne nous efforcions d'en suivre la trace dans la période médiévale et moderne, avec la législation catalane et celle des villes italiennes, pour arriver à la période contemporaine, avec notre droit français actuel.

L'ampleur de notre sujet nous permettra, croyons-nous, de voir clair dans le développement de l'institution des avaries communes et de prendre parti, en connaissance de cause, entre les diverses théories émises à l'heure actuelle. Cette évolution nous montrera, en outre, que la contribution pour avaries communes, individualiste à l'époque romaine, solidariste au moyen âge, s'est dressée dans le Code de la Révolution comme un monument incompréhensible, mais, qu'à l'heure actuelle, elle est entrée dans le domaine de la circulation juridique.

La tâche que nous nous sommes ainsi assignée aurait été très certainement au-dessus de nos forces, si nous n'avions eu pour nous éclairer les travaux de Pardessus (1) et de Goldschmidt (2), ainsi que les conseils avertis de M. le professeur Becqué et de M. Vincent, chargé de cours, auxquels nous adressons l'expression de notre profonde gratitude.

---

(1) Pardessus : Us et coutumes de la mer.

Pardessus : Collection de lois maritimes.

(2) Goldschmidt : Lex Rhodia und Agermanament (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 1889, t. XXXV).

Goldschmidt : Universal geschichte des Handelsrechts.

PREMIÈRE PARTIE

PÉRIODE ROMAINE

CHAPITRE I

De la nécessité pour Rome d'avoir un législation maritime

Rhodes était l'héritière de Corinthe et d'Athènes. L'an 408 a marqué dans son histoire une date mémorable, car c'est à cette époque qu'Hippodamos, architecte des murs du Pirée, opéra la fusion des trois cités qui la composaient en une seule ville (1). Rhodes rayonnait sur les mers. Les Romains s'allièrent avec elle contre les Séleucides et les Macédoniens ; en 189, ils lui firent don de la Carie. Dès ce moment, Rhodes comprit qu'elle n'était plus la maîtresse de la mer ; dans un premier sursaut d'énergie, elle s'allia avec les Macédoniens contre les Romains dont elle sentait chaque jour l'emprise s'étendre de plus en plus sur elle. Mais Rome veillait : cette dernière

(1) Homère : Iliade, chant II, vers 653-656.

ne s'était approchée de Rhodes que pour mieux l'étouffer; elle perdit la Carie. Craintive, Rhodes resta fidèle à l'alliance romaine dans la guerre contre Mithridate. Dans un dernier sursaut, dont seule la fin qu'elle sentait prochaine pouvait la rendre capable, elle prit parti pour César contre Pompée, mais elle ne fit que hâter sa ruine : en 42 après J.-C., prise par Cassius, elle fut incorporée à la Province d'Asie par Claude en l'an 44, et définitivement annexée sous Vespasien (1).

« La guerre seule semble avoir donné aux Romains l'idée d'une marine. Ils ne sentirent la nécessité de construire des vaisseaux qu'au moment où il ne leur fut plus possible de conquérir sans traverser les mers » (2). L'an 146, date de la chute de Carthage, avait marqué l'apogée des victoires romaines. Strabon ne put s'empêcher d'écrire : « L'avidité de Rome semblait défier la fécondité de la nature » (3). L'orgueil de la victoire l'aveuglait à ce point qu'elle avait commis l'imprudence de détruire la flotte carthaginoise. Cicéron ne cessa de le lui reprocher en termes amers, ne craignant pas de dire qu'il était honteux, pour la République, de n'avoir pas su s'assurer une marine (4). Le résultat fut que Pompée, pour vaincre les pirates, se trouva dans l'obligation de réquisitionner les navires des peuples alliés. Or, l'an 146 fut aussi la date à laquelle la Grèce fut réduite en province romaine. Les Romains furent mis au contact direct d'une civilisation supérieure à la leur. Rome convoitait l'Orient :

---

(1) Dàrembert et Saglio : Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, verbo : Rhodes.

(2) Pardessus : Collection des lois maritimes. Intr., XIV, 11.

(3) Strabon : lib. II, cap. IV, § 3; lib. VII, cap. III, § 6, 7.

(4) Cicéron : Pro lege Manilia, § 11, 17, 18.

elle s'allia avec Rhodes. A même de connaître les lois de ces habiles navigateurs, les Romains « se les approprièrent en les modelant aux formes de leur jurisprudence et en les adaptant à leurs mœurs » (1).

Rome, jusqu'aux conquêtes, avait été un pays d'agriculteurs. Ce caractère s'était traduit très nettement dans la constitution romaine elle-même, depuis le jour où Romulus, interdisant les opérations commerciales aux citoyens, ne les avait permises qu'aux esclaves. Les conquêtes, amenant la richesse, développèrent le goût du luxe et multiplièrent les relations commerciales. L'orgueil du nom romain ne le céda qu'à l'importance des entreprises. Cicéron, au « De officiis » (2), écrivait : « Le commerce fut plus ou moins estimé selon qu'il était plus ou moins considérable. » Quoi qu'il en soit, le « Periplus maris Erythraei », composé au temps d'Hadrien 117-139 , nous donne une image intuitive du commerce maritime romain avant l'an 77 de N.-S. J.-C. : les relations de Rome s'étendaient de l'est africain à l'Océan Indien, et, par derrière les Indes, jusque vers la Chine: seul le Nord-Ouest de l'Europe était presque fermé au commerce de la mer. Pour la longueur et la rapidité du voyage, les navires de la marine marchande valaient nos bateaux à voile modernes. C'est ainsi qu'au premier siècle de l'Empire, un navire de transport régulier, entre Rome et Alexandrie, jaugeant 7 à 800 tonnes, offrait une vitesse par vent propice de 21 à 22 milles en Méditerranée, 18 à 20 milles dans l'Océan Indien (3). Au

(1) Pardessus : Collection des lois maritimes, I, Intr.

(2) Cicéron : De Officiis, ch. XLII.

(3) Götz, citation rapportée par Goldschmidt dans Z. f. H., t. XXXV (Lex Rhodia und Agermanament).

commencement de l'Empire romain, la piraterie disparut complètement. L'astronomie et la géographie nautiques étaient suffisamment développées pour permettre de naviguer avec une sûreté approximative : on utilisait l'astre du pôle surnommé « la Phénicienne » ainsi que les vents alizés pour la haute navigation indienne. La domination romaine avait eu pour effet de placer les peuples vaincus sous son influence directe et uniforme, qui devait avoir pour conséquence salutaire leur plein développement. La Méditerranée était un véritable lac intérieur. Une atmosphère de jalousie, d'intrigues, d'ardeur guerrière, décuplait l'activité : Phéniciens, Carthaginois, Grecs, toujours en discorde, multipliaient leurs rapports commerciaux, à tel point que le commerce était très réglementé comme un droit maritime uniforme.

Les Romains, par la force même des événements, étaient obligés de posséder une législation maritime. Rome ne pouvait pallier à cette lacune que par le droit civil. Goldschmidt, dans sa « Geschichte für das Handelsrecht », nous montre comment de la « promissio » sont sortis l'« actio exercitoria » et le « receptum argentarii ». Mais il est évident que si les « recepta » suffisaient à régler les rapports terrestres nécessités par le trafic maritime fluvial et le trafic terrestre, ils ne pouvaient suffire à régler la multiplicité et la complexité des rapports maritimes. Dans ces conditions, Rome devait être amenée fatalement à faire des emprunts aux législations étrangères; mais, maîtresse du monde, sa dignité et son orgueil lui commandaient de ne pas avoir l'air de se soumettre. Elle fit appel à ses juriconsultes, à ses hommes politiques : les uns transposèrent les dispositions étrangères dans les institutions juridiques romai-

nés ; les autres, accentuant le caractère national de ce travail d'assimilation, en firent des lois d'Etat. Pour aussi habile que fût la politique de Rome, qui, en cette matière, cherchait à ménager les susceptibilités nationales, un travail d'adaptation, aussi parfait fût-il, ne saurait transposer avec fidélité l'esprit d'une institution, qui est le reflet d'un peuple même, de son caractère, de ses mœurs, de son état de civilisation. Tout homme, comme tout peuple, renferme en lui un élément impondérable qui, sous une apparence d'affinité, marque une différenciation qu'il ne nous est pas toujours possible d'apprécier. Certes, Cicéron a pu dire, dans un mouvement d'admiration : « non erit alia lex Romae, non alia Athenis ». La loi de Rome a pu être celle d'Athènes, mais l'esprit romain n'a jamais été l'esprit athénien. Athènes et Rhodes ont pu se confondre, en cette matière, parce qu'elles étaient toutes deux de race hellénique, et cette confusion est si tangible qu'en l'état actuel de nos sources, nous ne savons pas « si le droit attique était un emprunt du Rhodien ou si le Rhodien ramenait à l'attique » (1). Mais cette confusion même est notre sauvegarde. Un des éléments d'appréciation échappant à notre contrôle, et le texte authentique de la loi rhodienne n'étant pas parvenu jusqu'à nous, il nous est permis de conjecturer et de dire : incontestablement, une loi rhodienne a existé, le seul titre du Digeste suffirait à le prouver : « De lege Rhodia de jactu ». Les allusions aux lois rhodiennes ne manquent pas dans la littérature latine : c'est ainsi que Cicéron au « De officiis » (livre III, chap. 22) déclarera qu'il n'est pas permis de jeter à la

(1) Goldschmidt : Lex Rhodia und Agermanament (Z. f. H., 1889, t. XXXV).

mer des esclaves pour soulager un navire en cas de jet, que Salluste dans l'« ad Caesarem de Republica ordinanda » (epist. II, § 9) rappellera à César qu'en cas de jet, l'usage est de sacrifier les choses d'un moindre prix.

La date de l'adoption des lois rhodiennes par les Romains a été très âprement discutée. Pastoret, dans sa « Dissertation sur l'influence des lois rhodiennes » (pag. 115 et 119), fait remonter l'adoption au règne de Claude (41/54). Haubold, dans ses « Tables chronologiques du droit romain », propose 699/703 de Rome (53 à 51 av. J.-C.). Pardessus, dans son introduction aux « Collections de lois maritimes », croit qu'on peut encore remonter en haut : « L'adoption du droit rhodien fut le complément nécessaire des édits rendus par les préteurs sur les obligations des armateurs et des patrons. Ces édits ne sont pas de beaucoup supérieurs à l'an 699 de Rome. » Goldschmidt, dans sa « Lex Rhodia und agermanament », dit : « L'institution hellénique déjà si variée de la lex Rhodia de jactu nous est connue uniquement par les sources romaines. L'adoption doit avoir eu lieu au plus tard dans le dernier siècle de la République, lorsque déjà Servius Sulpicius commentait le droit rhodien; ce pourrait être précisément un droit légal ou un droit coutumier écrit pour le fixer. » Pour nous, nous croyons volontiers que la date de l'adoption est celle de la transposition. Indubitablement, les lois rhodiennes ont été transposées par Servius (643/49) et son école. Indubitablement, Servius et Cicéron firent un voyage à Rhodes, dans le courant des années 675/676 (1). Or, au Digeste 14.2.9, Volucius Maecianus, rapportant un responsum d'Antonin, lui fait dire : τουτὸ δὲ αυτο καὶ ὁ θειοτατος Αυγουστος εκρίνεν.

(1) Cicéron : Brutus, 41, 151.

« ainsi a déjà jugé le divin Auguste ». Donc, c'est bien après le voyage à Rhodes de Servius qu'Auguste adopta les lois rhodiennes. La preuve en est qu'il nous est parlé d'Antistius Labeo, le dernier des disciples de Servius, parmi ceux qui sont cités dans la « Lex Rhodia de jactu ». Or, Labeo était un contemporain immédiat d'Auguste. Il ne nous paraît donc pas impossible d'affirmer avec quelque apparence de raison : Labeo ayant terminé la tâche de l'école Servienne en cette matière, Auguste l'a sanctionnée légalement, c'est-à-dire législativement.

CHAPITRE II

Témoignages des juriconsultes romains sur la loi rhodienne

(*Etude de la Lex Rhodia de jactu.* D., XIV, 2

La loi rhodienne ne nous est pas directement connue. Nous avons, au livre XIV du Digeste, un titre II, intitulé : « De lege Rhodia de jactu ». Ce n'est pas là le texte de la loi rhodienne, mais un ensemble d'opinions de juriconsultes romains sur la loi rhodienne, et plus précisément sur son utilisation à Rome. Dès lors, pour avoir une idée suffisante du travail d'adaptation, de transposition des jurisconsultes de Rome, il faut nécessairement sérier les opinions émises par un classement d'ordre chronologique. Trois siècles d'histoire n'ont pas moins été nécessaires à l'élaboration d'une théorie romaine des avaries communes d'après la loi rhodienne, tant l'influence de cette dernière a dû être considérable.

Section I

Le premier siècle

Le premier siècle de l'ère chrétienne est un des plus florissants de l'histoire de Rome. Au souffle vivificateur de l'hellénisme, le génie romain s'est formé. En droit, plus que partout ailleurs, une rénovation, ou pour mieux dire une création s'imposait, car la science du droit, à proprement parler, n'existait pas jusque-là. D'origine religieuse, le droit, pour vivre, devait se débarrasser de ce formalisme paralysateur au contact de l'hellénisme. Nous retrouvons précisément reproduites sur ce sujet des avaries communes, les opinions des premiers pionniers de la science du droit à Rome : Servius et son école, Labeo, Sabinus.

§ 1. — Les prédécesseurs des Proculiens

Ofilius, Servius, Alfenus

L'importance de l'Ecole servienne, la place qu'elle occupe dans l'histoire du droit romain, ont été magistralement mises en lumière par la thèse de M. Vernay: « Servius et son Ecole ».

Ofilius est un élève de Servius, « le plus original et le plus indépendant de ses disciples, mais le moins représentatif de son école [1] ». Admis dans l'intimité de César, Ofilius [2], appelé à se prononcer sur la question de savoir si la rançon doit être considérée comme avarie com-

(1) Vernay, p. 34 et s

(2) Paulus, lib. XXIV ad Edictum. Dig., h. t., 2, § 3.

mune, pose une distinction nette : il considère que la rançon demandée par les pirates est commune, tandis que la rançon demandée par les voleurs est particulière. Ofilius est approuvé par son maître Servius.

Servius, contemporain et ami de Cicéron (1), joignit à l'étude du droit la philosophie et la rhétorique. Continuant le travail de généralisation de Scaevola, il se signala par la vigueur de sa dialectique, l'élégance et la facilité de son style, dont Cicéron fit l'éloge dans sa IX^e^ Philippique. Servius n'a pas moins composé 180 livres dont il ne nous reste que l'intitulé de quatre : 1° « Reprehensa Scaevola capita »; 2° « De dotibus »; 3° « Ad Brutum »; 4° « De sacris detestandis ». Le problème posé est celui-ci (2) : le navire vient à pâtir, un jet a été fait. Quid? Les propriétaires des marchandises perdues, qui ont passé un contrat de louage pour le transport de leurs marchandises, ont contre le « magister navis » l'action du louage. Ce dernier, à son tour, a une action née du louage contre tous les autres marchands qui ont sauvegardé leurs marchandises, afin que le dommage soit supporté proportionnellement par la Communauté (ut detrimentum proportione communicetur). Servius précise même que le « magister navis » tire du contrat de louage un droit de rétention à l'égard des marchandises de tous les autres marchands jusqu'à ce qu'ils aient payé leur part contributoire à la réparation du dommage causé (donec portionem damni praestent). Bien plus, malgré ce droit de rétention, le « magister navis » a la possibilité d'intenter une action née du louage contre les mar-

(1) Cicéron : De claris oratio.

(2) Paulus, lib. XXIV ad Edictum. Dig., h., t., 2, pr.

chands, pris en leur qualité de simples passagers, car, s'il est aisé de retenir leurs marchandises, s'ils en ont, il est bien impossible de le faire, s'ils n'en ont pas. Dès lors, le « magister navis » agit à leur encontre en sa qualité de « conductor », de loueur, car, s'ils n'ont pas loué le navire pour transporter leurs marchandises, ils n'en ont pas moins loué une place sur le navire pour transporter leur propre personne. Ces solutions répondent dans la pensée de Servius à une notion d'équité : n'est-il pas juste que la valeur perdue qui a assuré le salut de la valeur sauvée soit supportée par la Communauté?

Alfenus Varus (1) va très heureusement compléter la pensée de son maître Servius, dans ses Digesta, qui, terminés après 736, date de la loi Julia, sont la meilleure expression de la doctrine de l'Ecole servienne (2). Comparant le naufrage à un incendie, Alfenus décide que chacun conserve son bien propre (quod quisque ex ea suum servasset sibi servare.) C'est dire par cela même que le nauvrage est une avarie particulière. Mettant à part les cas d'espèce envisagés par l'école Servienne (rançon, jet, naufrage), il n'est pas douteux qu'Alfenus nous donne le discriminatif de base de la conception romaine des avaries. Le principe est celui-ci : « res perit domino », les risques de la chose appartiennent à son légitime propriétaire. C'est pour cette raison que le naufrage, de même que la rançon des voleurs, ne sauraient entraîner la contribution, car cette dernière, il ne faut pas s'y tromper, n'est qu'exceptionnelle. Chacun pour soi, mais tous pour un, lorsqu'il est juste que cela soit, c'est-à-dire au cas de jet ou bien dans l'hypothèse d'une rançon de pirates.

(1) Paulus, lib. III, Epitomarum Alfeni Digestorum. Dig., h., t., 7.
(2) Vernay, p. 187.

Qui ne voit, dès lors, à quoi se ramène cette notion de justice ? Il s'agit d'équilibrer des intérêts en jeu dans des circonstances telles que l'énormité du risque encouru absorbe la valeur intrinsèque qu'un intérêt donné peut avoir, mais uniquement dans l'hypothèse où, le risque ne l'ayant pas spécialement atteint, il a dû être sacrifié à une collectivité.

§ 2. — Les Proculiens

M. Antistius Labeo

Labeo est un disciple direct de Servius (1), notamment par son caractère essentiellement analogiste, et c'est précisément cette particularité très accentuée qui fait de lui le chef de l'Ecole proculienne. Labeo (2) approuve entièrement la solution d'Ofilius et de Servius relative à la rançon. Labeo est l'auteur d'un ouvrage, « les Pithana » en huit livres, qui nous sont parvenus par extraits de Paul et où il se signale par la généralité des principes exposés. C'est ainsi qu'au livre I (3) il pose le principe que rien n'est dû pour le dépérissement avant le départ du navire. Envisageant ensuite l'hypothèse d'un transfert sur un navire, autre que celui qui a été loué, de marchandises pour lesquelles une stipulation expresse de transport avait été conclue, il décide que, pour qu'il y ait dommage, il faut que le transfèrement n'ait pas eu lieu sans nécessité. Dans ces conditions, le locataire aura une action contre le premier matelot, c'est-à-dire le capitaine, avec lequel il avait passé le premier contrat de transport (abes ex conducto locato

---

(1) Vernay, p. 306.

(2) Paulus, lib. XXIV ad Edictum. Dig., h., t., , § 3.

(3) Krueger : Histoire des sources du droit romain. V° Labeo.

cum priore nauta actionem). Labeo termine par une considération qui a sa valeur. Prenant un exemple concret : la location d'un navire de 2.000 amphores, il décide que le prix intégral de la contenance en sera dû. Ainsi donc, le contrat est la loi des parties. Vous avez loué un navire déterminé, d'une contenance donnée, pour le transport de vos marchandises, vous devez en acquitter le prix intégral de location, et la cargaison ne saurait être transportée sans dommage sur un autre navire qui n'aurait pas été partie au contrat originel, hors le cas de nécessité.

§ 3. — Les Sabiniens

Masurius Sabinus

Sabinius, chef de l'Ecole sabinienne, dont la caractéristique est le tempérament anomaliste, approuve, plus exactement donne une solution qui est reproduite par Callistrate au Liv. 2 de ses Responsa (1). Voici l'hypothèse : un navire, pour s'alléger de sa charge à l'entrée d'un port ou d'un fleuve, confie une partie de ses marchandises à une chaloupe. Or, il arrive que cette chaloupe échoue. Les marchandises de la chaloupe perdue contribueront, avec les marchandises restées au navire (tanquam si jactura facta esset). Sabinus, dont le témoignage nous est encore rapporté par Callistrate, a décidé dans un responsum que si, lors d'une tempête, un jet portant uniquement sur les marchandises d'un seul marchand a été fait et que le navire périsse, contribution ne sera pas due par ceux qui, grâce aux plongeurs, sauveront par la suite une partie de la marchandise. Sabinus précise donc bien que le salut effectif du navire

(1) Callistratus, lib. II, Quaestionum. Dig., h., t., 4, pr., § 1.

est un élément essentiel pour qu'il y ait avarie commune.

Section II

Le deuxième siècle

Mécien et Julien

Mécien (Volucius Maecianus), uni par d'étrois rapports à Julien, membre du Conseil d'Antonin le Pieux, de Marc Aurèle et de Verus-Judicius d'Alexandrie, fut mis à mort lors de la sédition de Cassius (1). Ses ouvrages au Digeste sont au nombre de trois : 1° Quaestiones de fidei commissis ; 2° Ex lege Rhodia, en grec ; 3° De judiciis publicis. C'est un fragment ex lege Rhodia qui nous est rapporté ici. Il est très curieux de constater que les termes du rescrit d'Antonin le Pieux rapportés sont identiquement les mêmes que ceux que nous retrouverons au VIII[e] siècle dans la compilation intitulée Ὁ Νομος τῶν Ρωδιων ναυτὶκος qui se prétend être un extrait de la « lex Rhodia » du Digeste, mais qui, tout au contraire, en est l'antinomie la plus complète. Les circonstances à la suite desquelles Antonin le Pieux fut appelé à prendre une décision sont précisées. Un navire grec venant de Nicomédie sur la Propontide fit naufrage à l'entrée des Cyclades, à l'île d'Icaria. Les débris du navire jetés à la côte avaient été saisis par les gens du fisc, comme bien vacant et sans maître, et considérés, par suite, comme propriété de l'empereur. C'est alors qu'Eudémon, patron

(1) Krueger : Histoire des sources du droit romain. V° Mécien.

du navire, s'adressa à Antonin le Pieux, dont voici le rescrit (1) :

« Je suis le maître du monde, mais c'est la loi qui règne sur la mer. C'est par la loi maritime des Rhodiens que le litige doit être jugé, en tant qu'elle n'est contraire à aucune loi rendue par nous. Ainsi a déjà jugé le divin Auguste. » Nous trouvons ici même la justification de la thèse de M. Vernay, qui est aussi la nôtre, à savoir que l'Ecole servienne a transposé la loi rhodienne. D'ailleurs, la solution romaine, partant rhodienne, nous est rapportée par Julien, dernier chef des Sabiniens, contemporain et rival du proculien Celse. D'un abrégé en six livres d'un jurisconsulte inconnu, Minicius, Julien (2) extrait du deuxième livre cette disposition que le jet du navire ne comporte pas abandon.

Au livre LXXXI de ses Digesta, qui, commencés avant l'an 129 et rédigés sous Hadrien et Antonin le Pieux, comprenaient 90 livres dont les livres 65 à 85 étaient une étude de la loi Julia et Popea, Julien envisage l'hypothèse de l'incendie, par un coup de foudre, de l'arbre, des antennes, des agrès. Le navire après avoir été obligé de relâcher pour réparer, continuant sa route, transporte les marchandises au port de débarquement. La question se posait de savoir si les chargeurs devaient contribuer aux dommages subis par le capitaine. Julien répond non parce que, dit-il, le sacrifice n'a été fait que pour mettre le navire à même de continuer son voyage, et non pour sauver les marchandises. Ainsi donc, les frais engagés de la sorte ne sont que des avaries parti-

---

(1) Voir texte grec *in* Revue de philologie, 1905. Article de M. Dareste.

(2) Julianus, lib. II, ex Minicio. Dig., h., t., 8.

culières, parce qu'ils n'ont pas été faits pour le salut des marchandises, mais uniquement pour la conservation du navire, dans le but de lui permettre de satisfaire au contrat de transport intervenu entre parties.

Section III

Le troisième siècle

Papirius Fronto, Callistrate, Papinien, Paul, Hermogénien

Papirius Fronto, contemporain de Papinien, auteur de « Responsa » en trois livres, est cité par Mauricien et Callistrate. Ce dernier, précisément au Livre II de ses Quaestionum (1), nous rapporte un responsum de Papirius Fronto. La contribution est-elle due si les marchandises jetées ont été chargées en route? Oui, répondit-il, à la condition que le « magister navis » n'ait pas surchargé le navire, et il ajoute : charger les marchandises en cours de route, c'est le droit du capitaine, s'il ne se détourne pas de sa destination.

Callistrate lui-même n'est pas sans nous donner ses solutions au même livre II de ses Quaestionum, dont la composition date du temps de Sévère, ainsi d'ailleurs que celles des quatre livres du « De jure fisci et populi ». Le caractère de l'œuvre de Callistrate, prise dans son ensemble, est d'être avant tout un exposé dogmatique l'emportant sur la casuistique (2). Après nous avoir cité le responsum de Sabinus relatif à l'échouement d'une chaloupe pleine de marchandises provenant de la cargaison

(1) Callistrate, lib. II, Quaestionum. Dig., h., t., 4, § 2.

(2) Krueger, *loc. cit.* V° Callistrate.

du navire, Callistrate prend la contre-partie de l'hypothèse envisagée. Si, dit-il, la chaloupe est sauvée avec une partie des marchandises et que le navire soit perdu, les marchands qui ont perdu leurs marchandises sur le navire ne viendront pas en contribution avec ceux qui les ont sauvées sur la chaloupe, parce que le jet n'est l'objet d'une contribution que si le navire est sauvé quia jactus in tributum nave salva venit. Mais, au contraire, si au cours[4] d'une tempête le jet n'a porté que sur les marchandises d'un seul marchand et que le navire vienne à être submergé dans un autre endroit que celui où il a fait jet, les marchandises jetées contribueront avec celles qui seraient sauvées par les plongeurs. Cette dernière solution est appuyée également d'un « responsum » de Sabinus qui en justifie les termes et dont nous avons antérieurement parlé. Callistrate poursuit et examine l'assiette de la contribution. Si les marchandises sont détériorées par une cause fortuite, mais étrangère au jet, l'estimation en sera faite d'après leur valeur présente au moment de la détérioration, tandis que si elles le sont par le jet ou à l'occasion du jet, leur diminution de valeur prendra le caractère d'un sacrifice commun sujet à réparation. Dans cette dernière hypothèse, Callistrate distingue deux cas : celui où la contribution est plus grande que le dommage et celui où le dommage est plus grand que la contribution. Si la contribution est plus grande que le dommage, les marchandises valant 20, la détérioration égalant 2, la contribution étant estimée 10, le propriétaire des marchandises détériorées paiera 8. Si, au contraire, le dommage est plus grand que la contribution, les marchandises valant 20, la détérioration égalant 10, la contribution étant estimée 2, le propriétaire des marchandises détériorées ne paiera rien. De

plus, comme la détérioration est le résultat du jet, les autres marchands doivent contribuer à la réparation des marchandises détériorées.

Papinien, qui, préfet du prétoire d'Antonin le Pieux, en 203, trouva la mort en 212 à la suite du meurtre de Géta par Caracalla, a écrit des « responsa » qui ne sont pas antérieurs à 206, époque à laquelle Sévère et Caracalla étaient associés. L'œuvre de Papinien est un chef-d'œuvre de concision : il ne pose que les points de fait absolument indispensables pour en tirer immédiatement la solution cherchée qu'il corrobore par des motifs. « L'arbre ou quelque autre armement du navire ont été jetés à la mer (removendi communis periculi causa), alors contribution est due » (1). On ne peut vraiment pas être à la fois et plus net et plus concis.

Paul, assesseur du préfet du prétoire Papinien, membre du Conseil impérial sous Sévère et Caracalla, préfet du prétoire lui-même sous Alexandre Sévère, a produit une œuvre plus considérable que celle de Papinien. Il n'a pas moins composé 29 grands ouvrages et 129 monographies : les plus importants sont incontestablement : 1° Julii Pauli sententiae ad filium ; 2° les Commentaires de l'Edit (78 livres), dont nous avons précisément à étudier ici un morceau important du livre 34, spécialement consacré à la matière des avaries communes. Après nous avoir exposé, selon Servius, la mise en œuvre de la contribution par les actions du louage, Paul est amené à en rechercher leur fondement (2). Si, pour conserver les marchandises, un dommage est occasionné au navire, ou s'il est désarmé de quelque manière, aucune contri-

(1) Papianus, lib. XIX Responsorum. Dig., h., t., 3.
(2) Paulus, lib. XXXIV ad Edictum. Dig., h., t., 1.

bution n'est due, car toute la différence consiste précisément à discerner ce qui est fait uniquement pour le navire de ce qui incombe comme une obligation résultant du prix pour lequel les services du capitaine ont été loués. Paul illustre sa pensée d'un exemple concret : n'est-il pas vrai que le forgeron qui brise son marteau ou son enclume ne va pas en demander réparation à celui qui a loué son ouvrage? Le navire et ses apparaux ne sont pas autre chose que l'enclume (les instruments) du magister navis. Dès lors, s'il reçoit une « merces », c'est pour effectuer le transport des marchandises. Donc, tout dommage frappant uniquement le navire et ses accessoires ne peut être qu'avarie particulière. Mais, précise Paul, si c'est à la demande des chargeurs, ou par suite de quelque crainte (voluntate vectorum, vel propter aliquem metum) que ce dommage soit fait, il convient que ce dernier soit supporté en commun.

Il n'y a pas eu de passage plus discuté que ce dernier. Nous avons donné la traduction de Goldschmidt, nous la justifierons dans le chapitre suivant. Paul poursuit (1) et examine le cas où dans le même navire se trouvent des variétés de marchandises appartenant à différents marchands accompagnés de nombreux passagers (esclaves, hommes libres) naviguant avec elles. Voici qu'une tempête s'élève : un jet est rendu nécessaire. Quatre questions se posent dans une pareille hypothèse : 1° Est-ce que tous doivent participer à la perte? 2° Est-ce que des marchandises telles que gemmes, pierres précieuses qui sont à bord, mais qui ne sont pas une charge pour le navire, doivent contribuer, et selon quelle modalité?

(1) Paulus, lib. XXIV ad Edictum. Dig., h., t., 2.

3° Est-ce que les têtes des hommes libres doivent être comptées ? 4° Par quelle action peut-on arriver à réaliser la contribution ? On a décidé, répond Paul : 1° Que tous ceux pour lesquels une perte a été éprouvée contribuent parce que cette réparation est due par tout objet qui a été sauvé par un autre ; 2° Que l'estimation du préjudice est évaluée d'après le prix des objets ; 3° Que le corps des hommes libres ne peut offrir la moindre possibilité d'une évaluation quelconque ; 4° Que c'est « ex conducto » que les possesseurs des marchandises perdues agissent à l'encontre du matelot, c'est-à-dire du « magister navis ». De plus, on s'est posé également la question de savoir si les vêtements de chacun, les bagues que l'on peut avoir aux doigts doivent faire l'objet d'une évaluation, et il est apparu clairement à tous que, si les objets de première nécessité, au nombre desquels la nourriture, venaient à manquer, chacun devait apporter à la Communauté ce qu'il possédait. Comment se fait la répartition des dommages ? (1) C'est une répartition par voie contributive : estimation des marchandises sauvées et des marchandises perdues. La valeur perdue est déterminée au moment de l'embarquement, la valeur sauvée est évaluée au lieu de destination. Paul (2), après avoir envisagé la situation des hommes libres, est nécessairement amené à considérer celle des esclaves. Si, dit-il, des esclaves périssent en mer, ils ne rentreront pas plus en contribution que s'ils étaient morts de maladie ou s'étaient suicidés. Paul (3) nous fournit une

(1) Paulus, lib. XXIV ad Edictum. Dig., h., t., 4.
(2) Paulus, lib. XXIV ad Edictum. Dig., h., t., 5.
(3) Paulus, lib. XXIV ad Edictum. Dig., h., t., 6.

précision d'une très grande valeur : s'il advient que des communistes soient insolvables, cette insolvabilité ne doit pas retomber sur le « magister navis ». Les marchandises jetées (1) reparaissent à la surface, la perte n'existe plus, donc la contribution disparaît avec elle. Par conséquent, les communistes qui s'étaient acquitté agiront « ex locato » en remboursement contre le « magister navis » : déduction sera faite des objets recouvrés par rapport à la détérioration et aux frais de sauvetage. L'objet jeté reste la propriété de son maître, à la condition que ce dernier ne l'ait pas considéré comme abandonné (2). Paul n'est pas seulement à nos yeux intéressant par la minutie des solutions envisagées, mais encore par le caractère d'authenticité de la loi rhodienne qu'il nous certifie en nous rapportant dans ses Sentences, qui sont très certainement postérieures à l'« Oratio de Caracalla » sur les donations entre époux (206), le principe de base du texte rhodien : « Si pour alléger un navire un jet est effectué, tout ce qui est sacrifié dans l'intérêt de tous (quod pro omnibus datum est) est réparé par une contribution commune. »

Nous en aurions fini avec Paul si nous n'avions à faire connaître les rectifications qu'il a opérées dans les idées exposées par Labeo dans ses Pithana (3). Tandis que Labeo se contentait de principes par trop généraux, et par cela même trop absolus, Paul, les ramenant aux cas d'espèces, les précise tout en atténuant leur rigueur.

---

(1) Paulus, lib. XXIV ad Edictum. Dig., h., t., 7.

(2) Paulus, lib. XXIV ad Edictum. Dig., h., t., 8.

(3) Labeo, lib. I. Pithanon a Paulo epitomatorum. Dig., h., t., 10,

Labeo (1) avait posé le principe que rien n'était dû pour le dépérissement avant le départ du navire. Paul rectifie : la « merces » est due pour les marchandises transportées, la charge de la preuve en incombe au « magister navis ». Labeo avait décidé que le transfèrement de la marchandise sur un autre navire que celui qui avait été loué n'était susceptible de donner lieu à dommages que s'il était fait sans nécessité. Paul précise les cas de nécessité ; ce sont : 1° perte des deux navires sans dol ni faute de la part des matelots ; 2° arrêt du fait du Prince ; 3° empêchement résultant de la maladie ; 4° incapacité du navire de prendre la mer, sans qu'il y ait dol ni faute de la part du « magister navis ». Labeo avait envisagé également la question de savoir comment le prix de location d'un navire de 2.000 amphores serait établi et s'était prononcé pour une évaluation représentative du jaugeage intégral. Paul rectifie : s'il y a eu location au fret, la « merces » sera due pour 2.000 amphores ; si elle a eu lieu à la part, la « merces » sera due pour autant d'amphores transportées (2).

Hermogénien (3), avec ses « Juris epitomarum », composés au III^e^ siècle et comprenant six livres, clôture heureusement la consultation de tout ce que Rome eut de meilleur parmi ses jurisconsultes. Si Hermogénien n'a certes pas atteint la notoriété de Paul, son « Juris epitomarum » n'en présente pas moins, par un certain côté, une ressemblance avec les Sentences de Paul :

---

(1) Labeo, lib. I. Pithanon a Paulo epitomatorum. Dig., h., t., 10, § 1.

(2) Labeo, lib. I. Pithanon a Paulo epitomatorum. Dig., h., t., 10, § 2.

(3) Hermogenianus; lib. II. Juris epitomarum. Dig., h., t., 5.

tous deux emploient de brèves formules, s'efforçant de ramener en elles un esprit de concision. Hermogénien procède par extraits de travaux antérieurs pour les synthétiser par une élaboration personnelle. C'est ainsi que, nous dit-il, si le navire a été perdu et s'il en est résulté une diminution de valeur pour ceux qui ont sauvé leurs marchandises du naufrage, ce dommage ne sera pas réparé par une contribution de la Communauté, car l'on a décidé que la réparation n'était due que si le jet avait été décidé pour le salut des autres, dans un commun péril, le navire étant sauvé (cum jactus remedio cæteris in communi periculo, salva navi, consultum est). Et il ajoute : si l'arbre est coupé, pour sauver le navire et les marchandises (ut navis cum mercibus liberari possit), la réparation par contribution interviendra (æquitas contributionis habebit locum).

CHAPITRE III

Théorie romaine des avaries communes et son fondement juridique

§ 1. — La Communauté juridique de risques

Le titre II du Livre XIV du Digeste forme une théorie d'ensemble. Ce travail d'adaptation s'étend sur plus de trois siècles d'histoire : de Servius, commencement du Ier siècle, à Hermogénien, fin du IIIe siècle. Nombreux sont les jurisconsultes qui ont apporté leur travail d'élaboration : Ofilius, Alfenius, Labeo, Sabinus, Papirius Fronto, Callistrate, Papinien, Paul, Hermogénien. Ces noms trouvent leur répondant dans l'histoire : Auguste, Tibère, Hadrien, Antonin le Pieux, Marc-Aurèle, Commode, Sévère, Caracalla. La formule d'Hermogénien synthétise la théorie des avaries communes romaines : 1° Remedio caeteris, pour le rachat des autres. C'est ce que disait Paul au fr. 2 : « Ut caeterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent » ; c'est ce qu'il disait encore au fr. 1 : « Quod pro omnibus datum est ». Le point de vue sous lequel l'on se place, c'est celui de l'utilité commune ; « caeteris, caeterorum, omnibus », la totalité, c'est l'angle sous

lequel on envisage le dommage ; 2° In communi periculo, dans un péril commun. Papinien disait au fr. 5 : « Removendi communis periculi causa. » De même que la finalité de l'acte dommageable doit revêtir une utilité commune, de même sa cause, nécessairement, ne peut être qu'un péril qui soit commun ; 3° « Salva navi », le navire sauvé. Callistrate disait au fr. 4 : « Qui jactus in tributum nave salva venit ». Le salut est le critérium de l'utilité de l'acte, accompli dans un intérêt commun ; 4° « Ut navis cum mercibus liberari possit », afin que le navire puisse être sauvé avec les marchandises. Julien disait au fr. 6 : « Non debere : hic enim sumptus instruendae magis navis quam conservandarum mercium gratia factus est. » Ce n'est pas seulement le navire qui doit être sauvé, mais encore les marchandises : « navis cum mercibus ». Ce n'est donc pas seulement l'utilité, la finalité, la cause de l'acte qui doivent être communs, mais encore son objet.

Un mot suffit pour caractériser cette théorie : c'est une Communauté de risques. Goldschmidt l'appellera une « Communauté de risques à l'état nu ». De même que dans le domaine des affaires, notamment dans la lettre de change, s'incorporent sous forme d'acte des possibilités de droit et d'obligations (non acceptation, non paiement, amortissement), qui constituent de véritables périls juridiques de Communauté, de même dans le domaine maritime s'incorporent dans le navire et dans les biens de la cargaison : des droits de propriété, de gage, d'usufruit, des rapports d'affaires ou de droit (prêt maritime, contrat à la grosse aventure, créances du fret, de la provision et autres semblables) qui sont susceptibles d'être anéantis ou endommagés par un risque de mer (tempête, échouement à la côte ou tout autre événement similaire). Cette incorporation engendre

une Communauté juridique maritime de risques qui se forme entre les intéressés d'espèces très différentes du navire et de la cargaison : armateurs, équipage, propriétaires des marchandises, créanciers de prêt maritime ou de contrat à la grosse, créanciers du chargeur, de l'équipage et de la cargaison. Le point d'appui de cette Communauté, c'est le capitaine. Juridiquement, le capitaine est un liquidateur chargé de faire valoir les droits mutuels des intéressés. Pour prendre en mains les intérêts mutuels, dont il est chargé de par sa situation juridique, le capitaine dispose des actions du contrat, et celles que les membres de la Communauté exercent à son encontre revêtent la contexture des actions du contrat. Les droits mutuels ne sont que la conséquence de tout sacrifice intentionnel fait dans l'intérêt commun : une Communauté de compensation de dommages s'établit, donc un devoir de contribution mutuel de tout ce qui a été sauvé pour tout ce qui a été perdu. En définitive, pour employer la formule concise de Goldschmidt, la substance juridique de l'institution de la « lex Rhodia » n'est pas autre chose que le déroulement d'un péril mutuel, expiatoire d'un seul, basé sur la Communauté de risques existant entre les intéressés au navire et à la cargaison.

Mais cette notion de Communauté est-elle bien une conception romaine ? Oui, parce qu'elle répond à la notion de « communio ». Sans doute, les civilistes n'ont pas manqué de s'élever avec véhémence contre cette affirmation. Similitude extérieure, ont-ils dit, parce que le « communio », au sens juridique du terme, c'est une Communauté de risques reposant sur une Communauté d'objets. Or, la Communauté juridique maritime de risques n'est qu'une Communauté de gains et de pertes.

Donc, elle n'est pas un « communio » au sens juridique du terme. Qui ne voit, répond Goldschmidt, que la Communauté de gains et de pertes n'est incluse dans le péril d'un bien commun ? Les civilistes poursuivent : un contrat ou rapport de droits, une « locatio conductio operarum » en l'espèce n'est pas, au sens juridique du terme, un communio. Certes, répond Goldschmidt, mais il n'en est pas moins vrai qu'ils peuvent présenter un « communio periculi ». L'idée d'une Communauté juridique de risques, ajoute-t-il, échafaudée sans communio, est une idée extrêmement familière aux juristes classiques, à tel point que ce n'est que subsidiairement et dans des cas limités qu'ils font appel à un rapport de droit différent.

§ 2. — L'œuvre de l'École servienne

Goldschmidt n'a qu'un tort, à notre avis, c'est précisément d'avoir perdu de vue que l'élaboration de la théorie romaine des avaries communes est l'œuvre de trois siècles d'histoire. Avant donc d'en arriver au droit classique, nous devons tâcher de circonscrire le problème que pose la « Lex Rhodia de jactu » du Digeste et nous efforcer de nous rendre compte par suite de quelle évolution, dans les idées juridiques, les juriconsultes de Rome ont pu arriver à édifier une théorie d'ensemble. Le nom d'une Ecole s'attache indubitablement à la « Lex Rhodia de jactu » du Digeste : c'est celui de l'Ecole servienne que M. Vernay a si excellemment contribué à faire connaître. Qu'était-ce donc que Servius ? quel a été son rôle ?

Servius était le condisciple de Cicéron ainsi que de Pomponius Atticus et de César. Servius était un peu

plus jeune que Cicéron. M. Vernay nous a donné la preuve qu'en 675 Servius part pour Athènes avec Cicéron (1). Ils se trouvent tous deux, quelques mois après, à Rhodes. Là, Servius apprend la rhétorique avec Molon et la philosophie avec le stoïcien Posidonius. Sur les exhortations du Grand Pontife Mucius Scaevola, Servius, qui s'était senti porté primitivement vers l'éloquence du barreau, s'adonna complètement aux études juridiques lors de son retour de Rhodes en 676. Avec une puissance d'analyse remarquable, M. Vernay a détaché très nettement son œuvre créatrice. Servius va faire du droit une véritable science : nous assistons à son élaboration. Ce qui se passe chez l'être humain se reproduit dans le domaine de la connaissance. L'esprit humain, dans la période de l'enfance, est borné ; il n'arrive pas à la généralisation, c'est-à-dire à cette abstraction, à cette coordination des idées plus ou moins étendues qui font dire d'un homme qu'il est instruit. Ce résultat n'est pas l'œuvre d'un moment, mais bien de toute une vie. Lentement et par degrés : primaire, secondaire, supérieur, l'esprit s'affranchit de toutes les tutelles et devient capable de produire par lui-même, alors l'on peut dire qu'il est un esprit scientifique. Le droit, jusqu'à Servius, avait été dans la période de l'enfance : il va se détacher de ce formalisme paralysateur. Déjà Scaevola avait posé les premiers jalons : Servius suit ses traces. Malheureusement ils ne peuvent être que des porteurs de flambeaux : l'esprit romain est dans les ténèbres, rebelle à cet esprit

(1) Cicéron : Brutus, 41, 151. « De Servio probe dicis, nam in iisdem exercitationibus, ineunta aetate fuimus et postea una Rhodum, ille etiam profectus est, quo melior esset et doctior. »

de synthèse ; les ouvrages de Servius tomberont dans l'oubli.

La philosophie va vivifier le droit : Servius l'alla chercher à Rhodes. Au réalisme conceptualiste d'Aristote, il joignit le stoïcisme de Cicéron. « La philosophie grecque apporta une organisation aux matières juridiques, une méthode et une terminologie », écrit M. Vernay. Rhodes devait donner mieux encore, c'est sa « lex Rhodia ». « Servius la transposa à Rome par un artifice de technique juridique (1). » Cette transposition n'est d'ailleurs que la terminaison du mouvement de réformation de la notion de responsabilité par l'Ecole servienne. Cette dernière semblait incluse jusque-là dans celle de délit et de contrat. Par des modifications externes et internes, Servius et son Ecole s'étaient efforcés de la dégager, mais ils n'avaient osé franchir les barrières délictuelles et contractuelles, parce qu'ils n'avaient pas, dans le droit romain, de point d'appui. L'esprit, pour élargir ses conceptions, doit toujours revenir au concret dont la réalité est le critérium de la certitude. Du délit, l'action de la loi « Aquilia » était passée dans le domaine du contrat, grâce au contrat de bonne foi. La notion de faute se dégagea peu à peu : incluse dans son objet (injuria damnum, injuria datum), elle apparut tout d'abord sous la forme d'une « irrégularité blâmable » par la stipulation ; puis, se débarrassant de ce qu'elle pouvait avoir encore de délictuel, s'élargissant à mesure qu'elle se détachait, sous le vocable de culpa, elle devint toute infraction aux décisions de « l'arbitratus vir », faisant apparaître par contre-coups les notions de cas fortuit et

(1) Vernay : Servius et son Ecole, p. 291 à 302.

de force majeure, qui devaient être ses palliatifs nécessaires. Dès lors, elle était capable de vivre par elle-même : résultat de l'obligation née du contrat, œuvre de la volonté, elle devint une « réaction particulière » de cette dernière. En définitive, la responsabilité s'objectivait dans la notion de faute essentiellement contractuelle. La faute, c'était la sanction de la perte éprouvée par l'une des parties au profit de l'autre partie, à l'encontre des stipulations formelles du contrat. Mais la responsabilité ne devait pas s'arrêter là. L'Ecole servienne s'était préoccupée de la perte subie par une personne dans l'intérêt d'une autre personne, sans qu'il existât entre elles un contrat (1). Le problème de la « lex Rhodia » était d'une portée générale beaucoup plus étendue et de nature à susciter l'attention de l'Ecole servienne, d'autant plus que l'intérêt national l'y poussait : Rome victorieuse sillonnait les mers. Il ne s'agissait plus de savoir si une personne devait supporter une perte dans l'intérêt d'une autre personne, mais bien dans l'intérêt de plusieurs, c'est-à-dire d'une collectivité. Comment, juridiquement, sanctionner cette situation de fait? L'Ecole servienne renferme la Communauté dans le moule du contrat de louage d'ouvrages (locatio conductio operarum). Des marchands ont passé un contrat de louage avec le « magister navis » pour le transport des marchandises. Les marchandises de certains marchands sont jetées par le capitaine pour sauver les marchandises de certains autres. La valeur sauvée contribuera proportionnellement à la perte de la valeur perdue. La « locatio » engendre une « actio locati directa » des marchands

(1) Dig. 43, 29, 383. Exemple du captif racheté qui restait en otage à celui qui avait payé sa rançon.

lésés à l'encontre du « magister navis » ; la « conductio » donne au « conductor », le capitaine, une « actio locati contraria », à l'encontre des « locatores », en l'espèce les marchands avantagés. L'« actio locati directa » se justifie. Le capitaine a loué son ouvrage : le transport des marchandises en un lieu déterminé en échange d'une merces. Or, le capitaine a jeté les marchandises volontairement, mais sous l'empire de la nécessité. Il n'y a pas faute, mais obligation perpétuée du moment que, par son fait exempt de faute, il a rendu impossible l'exécution de la convention. L' « actio locati contraria » n'est pas moins justifiée. Du moment qu'il n'y a pas faute, le « conductor » (le capitaine) ne doit pas être seul à subir cette diminution de valeur ; il appelle en garantie les « locatores » avantagés, et ce n'est que justice. Servius, en transposant avec toute l'habileté dont il était capable la loi rhodienne en droit romain au moyen des actions du contrat de louage, a donné à la Communauté un moule bien étroit. Servius, d'une façon générale, a sanctionné un droit de X contre Y, puis cession des droits de ces mêmes individus contre un troisième. La contribution est due par la Communauté lorsqu'un sacrifice fait dans l'intérêt de tous a été utile à tous. Donc, marchands et marchandises, capitaine et navire, doivent y contribuer chacun pour sa part. Le marchand sacrifié actionne le capitaine, le capitaine paie la totalité du dommage, mais le capitaine ne doit pas réparation intégrale, puisque communiste, donc recours contre les autres membres de la Communauté. S'ils ne veulent pas s'acquitter, il y a dol. Donc, exception de dol, droit de rétention sont à la disposition du « magister navis ». Ce droit de rétention s'exerce aussi bien à l'encontre des simples passa-

gers, car ils ont loué l'ouvrage du capitaine pour transporter leur propre personne au lieu de destination qu'ils se sont assigné. Donc, le capitaine a droit de retenir leurs bagages s'ils ne veulent pas contribuer. L'action du communiste lésé ne s'arrête pas au capitaine, car ce dernier n'est que « magister navis », il n'en est pas le « dominus ». Le « dominus », c'est l' « exercitor », l'armateur. Ce dernier a confié son navire au « magister navis », en lui donnant l'ordre d'agir au mieux de ses intérêts. Dès lors, lorsque le « magister navis » agit, c'est comme si le « dominus » agissait. Donc, lorsque le marchand a conclu un louage de transport de marchandises, c'est comme s'il l'avait conclu avec l' « exercitor ». Donc, par l' « actio locati exercitoria », l' « exercitor » sera tenu « in solidum », pour le tout, des dettes de son préposé. La volonté d'un co-contractant a arrêté l'exécution de l'obligation de transport. Cette obligation s'est perpétuée en même temps qu'elle a engendré un droit de réparation, résolu par une « actio locati directa » qui est venue s'éteindre en la personne de l' « exercitor ». « Tu n'as pas fait, ou mieux, tu as fait tout le contraire de ce que tu avais promis ; donc, réparation. Débrouille-toi, tâche de rentrer dans tes fonds, en agissant contre les autres passagers que tu as sauvegardés. Quant à moi, si tu ne répares pas le préjudice causé, je me retournerai contre ton maître l' « exercitor ». Les droits mutuels ne sont pas une émanation des relations juridiques existant entre le capitaine, les chargeurs, les passagers, comme conséquence de la « locatio conductio operarum » qu'ils ont passée entre eux, mais bien le résultat d'une formation spontanée : la Communauté. Cela est si vrai que le capitaine n'est pas l'obligé personnel de ceux qui peuvent avoir un intérêt aux avaries ; il ne répond pas

personnellement de l'insolvabilité de l'un d'entre eux. Et pourtant le capitaine est aussi bien débiteur que créancier : s'il n'est pas obligé pour ne s'être pas assuré par une enquête de la solvabilité de ceux qui auront un intérêt aux avaries, il n'en est pas moins contraint d'exercer le droit de rétention dans l'intérêt du créancier de l'avarie. Il y a là une anomalie qui n'a certainement pas échappé à un esprit éminent comme celui de Servius. Aussi ne faut-il voir, dans ces actions du contrat, que des moyens légaux pour sanctionner des actions réciproques.

§ 3. — **Forme dogmatique et principe de base**

La méprise de la doctrine consiste précisément en ceci : c'est d'avoir voulu prendre la sanction pour le principe. Qu'est-il arrivé ? Le vêtement n'a jamais été adéquat. Certes, il faut le reconnaître, l'institution de la « lex Rhodia » présente un phénomène juridique d'une complexité caractéristique, qui ne se laisse pas mettre sous une forme dogmatique générale. La Communauté juridique réalisée par la loi rhodienne comporte un droit d'expropriation strictement déterminé. L'intérêt d'un seul ne peut se maintenir avec un égoïsme d'une dureté à toute épreuve en face du véritable intérêt de la Communauté. Il y a là un conflit ouvert et latent d'intérêts qui trouve sa solution en ce sens qu'un organe de la masse (le capitaine), avec justice, mais toujours sous sa propre responsabilité, exécute, dans le seul intérêt de la totalité, des réductions de valeur (sacrifice) qui ont pour conséquence juridique d'être, avec leurs dommages inhérents, à charge à la totalité, plus exactement de créer un bien de totalité, formé en vue d'une contribution uniforme.

Si la forme dogmatique nous échappe, ne nous est-il pas possible de saisir la pensée sociale qui est à la base de cette institution? La méthode la plus appropriée, susceptible de donner un résultat à peu près certain, c'est celle des approximations successives. Tenant les résultats de la doctrine, examinant tour à tour les formes dogmatiques dans lesquelles cette dernière a moulé successivement la « lex Rhodia », d'inductions en déductions, nous pouvons arriver au cœur même de l'institution, en détacher l'idée maîtresse.

Indubitablement, le point central, c'est le capitaine. Il convient de l'observer. « Magister navis », il est le mandataire de l' « exercitor ». Communiste, il est le mandataire de la Communauté. Donc, entre communistes et capitaine existe nécessairement un lien d'association, une société de fait. Par conséquent, le capitaine, qui agit dans l'intérêt commun, oblige ses co-associés, les communistes, envers lui-même. Par suite, chaque associé a le droit de forcer l'autre à contribuer aux impenses rendues nécessaires pour la conservation de la chose commune, à l'aide de l' « actio pro socio » ou de l' « actio communi dividundo ». Une pareille conception certes arriverait très largement à embrasser la Communauté, mais elle n'est pas fondée en droit romain. De ce que le « magister navis » se trouve, en fait, de par son titre même, et, en droit, de par l' « actio exercitoria », le mandataire de son dominus, l' « exercitor », on en veut conclure, par analogie, que le capitaine est le mandataire des communistes, c'est-à-dire qu'il est lui-même un co-associé. Or, que présuppose l'association, à la différence de la communauté? Un mandat tacite tout au moins. Donc, mandat tacite entre les communistes entre eux; donc, mandat tacite entre les com-

munistes et le capitaine. Or, en fait et en droit, c'est une erreur. En droit, il n'y a de mandat que celui qui est stipulé expressément. Sans doute, dit-on, est-ce que l' « actio exercitoria » ne confère-elle pas le caractère de mandant tacite à celui qui l'a subie et le caractère de mandataire tacite à celui de qui elle est née, en l'espèce le « magister navis » et l' « exercitor » ? Juridiquement, il n'est pas exact d'affirmer cela. Le « magister navis » est si peu le mandataire tacite de l' « exercitor », que ce dernier n'a que faire de lui donner un mandat, même s'il pouvait être tacite, de le représenter ; car, en fait, l' « exercitor est « dominus », le « magister navis » est un esclave. De maître à esclave, il n'y a qu'un seul rapport de droit, c'est la « jussio », l'ordre, sur lequel est basée l'« actio exercitoria ». Ihering, très habilement, dira: « Celui qui a droit aux avaries doit subir la Communauté des intéressés, parce que les intérêts communs sans nombre égalent la Communauté de risques mais ne la comprennent pas, bien que susceptibles de la contenir (1).» Cette affinité de la Communauté d'intérêts pour la Communauté de risques, qui va même jusqu'à la confusion, conduit en définitive à un droit de société qui n'est ni privé, ni public. Or, rien n'est moins solide qu'une société qui ne se couvre ni avec le cercle des intérêts privés, ni avec le cercle des intérêts publics.

Incontestablement, la Communauté nous échappe encore. Le rôle du capitaine sur le « scenario » de cette dernière n'a pu nous donner la forme dogmatique sous laquelle nous cherchions à l'englober. Ce que la « persona » du « magister navis » n'a pu donner, le trou-

(1) Voir Goldschmidt : Lex Rhodia und Agermanament. Z. f. H., t. XXXV, 1889, p. 52 à 62.

verons-nous peut-être dans ses « capita » : parmi eux, il en est un susceptible de fixer notre attention, c'est son devoir de contribution. Pourquoi le capitaine contribue-t-il ? C'est parce que, répond Klügman (1), son propre intérêt se règle sur les intérêts étrangers. Ils font corps : leur liaison est nécessaire, leur coexistence tient à leur utilité réciproque. La manifestation extérieure de cette étroite dépendance se réalise dans les actions « negotiorum gestorum contraria ». Donc, le capitaine, par le moyen de ces actions, est justement tenu de tout acte de sacrifice volontaire, exécuté malgré la défense des intéressés. Goldschmidt, très judicieusement, observe que les actions de gérance d'affaires sont incompatibles sous le rapport de la quotité de la répartition. En effet, dit-il, si le capitaine est un gérant d'affaires, il ne devrait pas contribuer avec les propriétaires de la cargaison, dont tous les biens qui la composent ont été sauvés. Or, il contribue, et cette contribution ne saurait se concevoir en se plaçant à ce point de vue que pour le cas où, par la cessation des opérations de sauvetage, tout aurait été perdu. Donc, conclut-il, il est clair qu'un maniement très large de l'action de gérance d'affaires ne saurait conduire au principe péremptoire de la « lex Rhodia » : participation aux dommages organisés d'après une proportion de prix brut.

Contrat, société tacite, communauté d'intérêts, gestion d'affaires, ont dû reculer devant la Communauté. Décidément, il faut abandonner le terrain contractuel pour se réfugier sur celui du délit, avec d'autant plus de raison, semble-t-il, que la « lex Rhodia » n'est que la ter-

(1) Klügman : De lege Rhodia de jactu (Götting), p. 74.

minaison du vaste mouvement novateur de la notion de responsabilité entreprise par l'Ecole servienne et qui a eu, pour point de départ, la loi « Aquilia ». L'« injuria », dans le contrat, était devenue « culpa ». Retournant à sa forme primitive, elle resta « injuria », mais avec une altération de sens considérable. Tandis que dans la loi « Aquilia » elle signifiait « injuria damnum », « injuria datum », nous la retrouvons dans la loi 206 (D. L. 17) avec le sens de « sine jure »: « jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem ». Comme dans la loi « Aquilia », nous avons un « detrimentum » et une « injuria »; mais, à la différence de la loi « Aquilia », l'« injuria » n'est plus que « sine jure ». De plus, le « detrimentum lui-même est élargi, ce n'est plus le « detrimentum uni », mais le « detrimentum alterius ». Comment déterminer le « detrimentum »? locupletiorem : une plus-value. De la part de qui? neminem : de personne, c'est-à-dire de tout le monde. Au préjudice de qui? alterius : d'un autre, c'est-à-dire d'autrui. Disons le mot, nous sommes en présence de la théorie de l'enrichissement; un gain d'un côté, une perte de l'autre, et, « cum injuria », sans droit. Cette théorie, incontestablement, fut connue de très bonne heure, mais sanctionnée au contraire très tardivement. Aux différents stades de la vie juridique, elle se réalisa par diverses actions : par une « actio utilis » contre la personne incapable enrichie à l'occasion du contrat, par une « actio in factum generalis », notamment en matière de délit contre les héritiers et aussi par des « condictiones » : spécialement « condictio indebiti », à l'occasion d'un paiement fait par une personne qui croyait être débitrice; par une « condictio sine causa », à l'occasion d'une somme remise à titre de donation, alors que

le donateur croyait faire un emprunt ; par une « condictio de in rem verso », à l'occasion de l'enrichissement d'un père, résultat d'un contrat passé par un fils de famille qui n'a point de mandat. Indubitablement, l'Ecole servienne connaissait d'autant mieux les actions « in factum » qu'elle en était la novatrice. Pourquoi donc ne s'en est-elle pas servie? Goldschmidt nous dit : « On doutait encore de la sûreté de ces nouvelles actions. » A la vérité, nous sommes persuadé que si l'Ecole servienne n'a pas employé les actions « in factum », c'est qu'elle ne l'a pas voulu, et elle avait de bonnes raisons pour ne pas le vouloir. La nature de l'opération juridique du louage, moule par lequel la transposition de la loi rhodienne a été effectuée, n'a cessé de faire l'objet des préoccupations des jurisconsultes romains. Papinien a, sur ce point, très nettement posé la difficulté et nous fait connaître que Labeo, appelé à considérer si le louage de navire constituait un louage de services ou de marchandises, a résolu la question en décidant de donner une « civilis actio in factum » au chargeur à l'encontre du « magister navis ». Or, Labeo se rattache à l'Ecole servienne, et s'il a cru devoir sanctionner de la sorte l'opération envisagée (1), il ne l'a pas fait sans avoir devant les yeux

---

(1) Papinien : D. 19. 2. De praescriptis verbis, § 2. « Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit » — « Lorsqu'on ne sait s'il y a ouvrage de navire ou louage de marchandises à transporter, Labeo écrit qu'une civilis actio in factum doit être donnée au propriétaire des marchandises contre le patron du navire » (Vincent : Cours de Pandectes. Faculté de Montpellier, 1919-1920).

un type concret, le συναλλαγμα (1), qui lui permettra de tracer la voie à la théorie des contrats innomés, developpée par la suite par Ulpien (2). Ce dernier nous rapporte notamment un « responsum » du proculien Ariston au sabinien Celse ainsi qu'une controverse de Mauricien et de Julien. Ce texte de l'Edit nous permet de comprendre ce qu'est un συναλλαγμα: c'est un rapport de « do ut des », qu'on ne peut incorporer dans un contrat mais qui suffit toutefois à créer une obligation, parce qu'il a une cause. Mais l'intérêt est bien plus grand encore : il nous permet à la fois de saisir le mécanisme de l'« actio civilis in factum » par la dénomination même donnée par Mauricien : « actio civilis incerti, id est praescriptis verbis » et d'affirmer les tendances proculiennes d'Ulpien, qui se

---

(1) Labeo : D. 50. 16. 19. « Contractum autem utro citroque obligationem quod Graeci συναλλαγμα vocant, velut emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem » — « Le contrat est un échange d'obligations, échange de prestations actuelles ou à intervenir, et que les Grecs appellent un synallagme, ainsi la vente, le louage, la société » (Vincent, *loc. cit.*).

(2) Ulpien : D. 2. 14. 7. ad Edictum, 2. « Sed et si in alium contractum res non transeat subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, utputa, dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi aliquid facias, hoc συναλλαγμα, id est, contractum, ex hunc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc : dedi tibi Stichum ut Porphirum manumittas, manumisisti ; evictus est Stichus. Julianus scribit in factum actionem a praetore dandam ; ille ait civilem incerti actionem id est, praescriptis verbis sufficere : esse enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, inde haec nascitur actio » — « Si l'opération juridique ne peut s'incorporer dans un contrat, mais s'il y a toutefois une cause, Ariston répond à Celse, non sans élégance, qu'il existe dans ce cas une obligation. Ainsi, dit-il, je t'ai donné une chose pour que tu m'en donnes une autre, ou bien

range à l'opinion de Mauricien. Cette constatation nous amène à répondre à une contradiction que M. Haralambidis (1) a cru devoir relever entre Ulpien au Livre 44 ad Sabinum (D. 19. 5. 14. pr.) (2) et les dispositions du titre « de lege Rhodia de jactu ». En effet, tandis que Servius sanctionne la contribution par le moyen des actions de louage plus spécialement dans l'hypothèse du jet, Ulpien, au contraire, déclare que celui qui a jeté les marchandises d'autrui n'est tenu par aucune action. Etant donné les tendances proculiennes d'Ulpien, nous croyons que l'action qu'il envisage et qu'il rejette, c'est l'action prétorienne « in factum », mais qu'au contraire, dans sa pensée, il serait prêt à accorder l'« actio civilis incerti, id est, praescriptis verbis ».

Au fait, pour nous, peu nous importe d'ailleurs ; ce

---

je t'ai donné une chose pour que tu accomplisses à mon profit un acte déterminé ; il y a, dans ce cas, un synallagme et il en résulte une obligation civile. C'est pourquoi j'estime que Mauricien a contredit à juste titre Julien à propos de l'espèce suivante : «Je t'ai donné l'esclave Stichus pour que tu affranchisses l'esclave Porphyre. Tu as fait l'affranchissement, mais Stichus a été l'objet d'une deductio. Julien écrit que dans cette hypothèse une « actio in factum » doit être délivrée par le préteur. Mauricien déclare au contraire qu'il suffit d'exercer l'« actio civilis incerti », c'est-à-dire l'« actio praescriptis verbis », car il se forme alors ce qu'Ariston appelle un synallagme, et de là naît précisément l'« actio civilis incerti » (Vincent, *loc. cit.*).

(1) Haralambidis : Du caractère distinctif des avaries communes (Thèse Paris, 1920, n° 8).

(2) D. 19. 5. 14. pr. « Ulpianus, libro quadragesimo ad Sabinum, qui servandarum mercium tuarum causa, alienas merces, in mare projecit nulla tenetur actione. » — « Ulpien, au livre quarante-quatre à Sabinus, celui qui a jeté les marchandises d'autrui à la mer, pour sauver tes marchandises, n'est tenu par aucune action. »

que nous avons voulu souligner, c'est ceci : tandis que les proculiens sanctionnaient des rapports innomés par analogie avec des actions civiles contenant des « praescripta verba », les sabiniens, au contraire, procédant par voie anomale, faisaient, pour les mêmes rapports donnés, intervenir le préteur par le moyen d'actions prétoriennes « in factum ». Or, si Servius n'hésitait pas à employer les actions prétoriennes « in factum », il est bien évident qu'il n'agissait de la sorte que lorsqu'il n'était pas possible de faire autrement, et ce, précisément à cause de ce tempérament d'analogiste qui est la base même des conceptions proculiennes. Il y a plus : il ne faut pas oublier, comme l'a si excellemment montré M. Vernay (1), que le louage est dans les mains de l'Ecole servienne un instrument de rénovation du droit. C'est grâce à lui que la notion de force majeure a pu pénétrer dans celle de responsabilité contractuelle, c'est grâce à lui qu'il a pu être pallié à cette injustice de faire supporter en toutes circonstances les risques de la chose à son propriétaire, en obligeant la collectivité dans l'intérêt de laquelle le sacrifice a été fait à réparer le dommage alors qu'il n'existe entre les communistes aucun rapport de droit (2). Dès lors, nous sommes à même de préciser également pourquoi l'Ecole servienne n'a pas eu à faire emploi des « condictiones ». Certes, ni la « condictio indebiti », ni la « condictio sine causa » (3) n'étaient encore nées, mais rien ne nous dit que, si l'Ecole servienne avait voulu placer la question sur ce terrain-là, elle n'eût pas

---

(1) Vernay : Servius et son Ecole, p. 218.

(2) Vernay, *loc. cit.*, p. 196.

(3) Girard : Nouvelle revue historique, 1895, p. 409 et 415. — Vernay, *loc. cit.*, p. 295.

été capable d'accélérer la généralisation de la « condictio » qui, à cette époque, ne s'appliquait qu'à des « certa ». Elle ne l'a pas voulu parce que le problème à résoudre n'était pas celui d'un enrichissement, mais bien celui d'une « perte supportée dans l'intérêt d'autrui » (1).

Malgré ce, il n'en est pas moins vrai qu'il y a à la base des avaries communes romaines un principe d'équité dont la loi 14 (D. 16. 6.) nous offre l'expression : « hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimentum fieri locupletiorem. » Il n'est certes pas difficile de se rendre compte que l'« injuria » a disparu pour laisser place uniquement au « detrimentum ». La réparation d'un enrichissement au détriment d'autrui, c'est là la formule la plus pure de l'équité. La parenté de l'enrichissement et de l'équité se révèle donc à nous par la terminologie d'autant plus qu'aussi bien la loi 206 que la loi 14 nous parlent d'une « natura aequum ». L'équité, qu'est-ce, sinon la stabilité dans la nature, l'équitable répartition des éléments, afin d'éviter tout choc entre eux qui serait contre nature, c'est-à-dire à l'encontre de l'esprit de justice ? Servius et son Ecole, on peut bien le dire, n'ont cessé d'être, ainsi que l'affirme à bon droit M. Vernay, les champions de l'équité. Par l'équité, nous retournons au droit naturel, et toute construction dogmatique doit lui céder le pas, car l'équité est un principe universellement prépondérant de la formation juridique comme de la pratique, et accepte des configurations spéciales à chaque institution de droit.

Quelle est donc la configuration spéciale que l'équité a prise dans l'institution des avaries communes romai-

---

(1) Vernay, *loc. cit.*, p. 295.

nes ? C'est celle de la « metus » (la crainte), ou mieux, pour satisfaire à la terminologie moderne, l'état de nécessité. Sur ce point, nous sommes parfaitement d'accord avec M. Haralambidis (1) : le fondement de la contribution c'est la « metus », et non le contrat de louage. La meilleure preuve que nous prétendons apporter réside dans ce passage du livre XXIV de l'édit de Paul (2) : « voluntate vectorum vel propter aliquem metum », que Goldschmidt traduit : « à la demande des chargeurs ou par suite de quelque crainte ». Certes, l'interprétation de ce passage n'a pas manqué de faire l'objet de vives controverses. Cujas (3) voulait à toute force effacer le « vel ». Mommsen conjecturait que « propter metum » indiquait peut-être une contrainte de la part des passagers (magistrum a vectoribus coactum nave detrimentum dedisse). Negri de Lamporo se rapprochait sensiblement de l'opinion de Mommsen : supprimant comme Cujas et Casaregis le « vel », il estimait que les « vectores » n'agissaient que saisis de quelque crainte. Goldschmidt a fait justice de ces diverses conjectures en nous apportant une certitude. Tout d'abord, répondant à Negri de Lamporo, il n'a pas manqué de relever qu'un jurisconsulte de l'envergure de Paul, n'aurait pas commis cette sottise d'écrire que c'est sous l'empire d'une telle crainte que les chargeurs demanderaient le jet à la mer. En second lieu, il estime que pour le juriste se posent nettement deux situations de manipulations identiques dans leur portée juridique : Ou c'est un dommage arrivant seulement en rade au

(1) Haralambidis, *loc. cit.*, n° 8.

(2) Dig., h., t., 2, § 2.

(3) Et surtout Casaregis : « Discursus legales de commercio ». Disc. 19.

navire ou à ses apparaux (mât coupé, ancre abandonnée, navire échoué au rivage) qui causent du tort à la demande des passagers. Dans ces conditions, il est naturel que ces derniers doivent le supporter ou pour le moins le partager avec le navire. — Ou ce dommage tombe sous le principe général des grosses avaries : le capitaine a été dans l'obligation de causer un détriment au navire pour sauver le navire et la cargaison d'un danger imminent ; c'est la « metus » qui fonde la contribution (1). La copulative « vel » suppose que la « metus » vaut par elle-même, sans délibération des passagers, et que la demande concomitante de ces derniers ne suffit pas pour fonder la contribution. Certes, si Cujas voulait supprimer le « vel » ce n'était pas par pure fantaisie, c'est parce qu'il avait devant les yeux l'autorité du droit pseudo-rhodien qu'on a, à maintes reprises, si savamment camouflé. Et même Pardessus, qu'on ne peut accuser de tendresse ni à l'égard du droit pseudo-rhodien, ni à l'égard de Cujas, en arrive à nous donner une interprétation identique à celle de ces derniers auteurs, lorsqu'il écrit que la perte ou le dommage n'entreront en contribution que « s'il a été le résultat d'une délibération qui a jugé le sacrifice nécessaire » (2). La thèse de Goldschmidt se trouve entièrement confirmée par les Basiliques. En vérité, l'on sait que les 53 livres des Basiliques étaient perdus et que le manuscrit utilisé par Cujas se perdit aussi avec d'autres manuscrits, mais que, découverts en 1880, à Florence, par Zachariæ de Lingenthal et publiés en 1881, ces manuscrits contien-

(1) Dig., h., t., 2, § 2. « Tempestate orta necessaria jactura facta erat. »

(2) Pardessus : Coll. I, p. 410, note 9 ; p. 328, note 3.

nent une traduction latine d'un autre passage en partie détruit, composé en 1604 par Florentino Francisco Venturi, dont voici la teneur : « Propter detrimentum navis se jactum armamentorum fit collatio, nisi ex communi vectorum voluntate, vel metu damnum acceptum est; nec enim si instrumentum fabri fringatur, imputatur ei qui rem faciendam locavit. » Que le capitaine, dans certains cas, prenne conseil des propriétaires de la cargaison, des chargeurs ou de leurs représentants, aussi bien que de l'équipage ou des officiers du bord, en vertu des règles déterminant sa responsabilité vis-à-vis de la masse en cas de jet, cela va de soi, car il a, en présence dés intéressés, à justifier de la nécessité de son acte. Seulement un tel conseil, qui couvre les jugements du capitaine, doit être soigneusement distingué d'un devoir de contrainte légale, car ce devoir n'est pas, dans les sources romaines, soutenu par cette délibération. C'est ainsi que, dans le célèbre voyage maritime de l'apôtre Paul, on jettera à deux reprises la cargaison et pas une fois on ne nous dit que ces opérations eurent lieu avec l'avis des chargeurs. Le « magister navis » est un potentat : seul, il assume le commandement à bord ; par suite, c'est lui seul qui a à prendre toutes mesures utiles d'après la meilleure conception qu'il s'en fera, bien entendu sous sa responsabilité, c'est-à-dire sous celle de l'« exercitor ». Entre les intéressés, dit Goldschmidt, qui forment un cercle, existe un lien de droit (coutume, loi), que l'on admet généralement pour être une Communauté de risques. En cas de nécessité, volontairement, un organe juridique, spécialement qualifié de la Communauté de risques, sauvera un bien appartenant à cette communauté juridique. S'il ne le peut, ce bien — qui correspond à des charges de

communauté — entraînera une dépense de fortune. La perte normale, résultat d'un jet fait du navire, renferme en elle le principe dominant d'un devoir de contribution. C'est là, conclut-il, une perte volontaire qui a très certainement un rapport d'analogie avec une disposition légale, en ce sens que toute perte volontaire faite sous l'imminence du péril donne naissance à une contribution, par simple présomption légale, et non par l'exercice d'une commune volonté qui n'existe pas en droit romain.

DEUXIÈME PARTIE

PÉRIODE MÉDIÉVALE ET MODERNE

TITRE I

LA ΧΡΕΩΚΟΙΝΩΝΙΑ PSEUDO-RHODIENNE

CHAPITRE I

La chute de Rome

Un cataclysme devait changer la face du monde, ce furent les invasions : la grande invasion de 405, invasion des Wisigoths de 413. Rome et son empire n'allaient pas tarder à se dissocier sous le poids d'une telle avalanche. Pour l'honneur de la civilisation, l'empereur Théodose sauva de l'oubli les constitutions impériales rendues depuis Constantin, en faisant rédiger en 438 un recueil légal et officiel dénommé « Code Théodosien ». 476 est la première étape de l'agonie de Rome : l'Empire d'Occident sombra. Sa chute, bien que retentissante, était prévue. L'accalmie vint un moment : c'est à peine

si l'on entendait sur la face du monde quelques bruits lointains de retentissante bataille : 507, Vouillé. Puis, un nuage menaçant surgit à l'horizon, finalement il s'abattit sur la terre d'Espagne : 630, les Arabes asservissaient l'Espagne et fermaient les portes de ses ports. En plein V^e^ siècle, la Francie est le pays le plus commerçant ; Venise commence à former sa marine, l'Espagne confond son commerce avec celui des Mahométans ses maîtres. En l'an 800, le grand pacificateur Charlemagne devint empereur ; roi d'Italie depuis 774, il ramenait à la raison Venise qui élevait ses premières prétentions à la domination des mers. 1453 marque le coup de grâce, l'Empire d'Orient n'est plus : Rome meurt avec lui.

« Les calamités des invasions ne firent pas disparaître le droit romain, elles en suspendirent simplement l'application (1). » L'abrégé d'Alaric de 506, la « lex Romana » des Bourguignons, l'édit de Théodoric s'inspirent directement du Code Théodosien. Dans les « Origines » d'Isidore de Séville, le chapitre XVII est conçu dans des termes identiques au fragment 9 (D. 14. 2) « de lege Rhodia de jactu ». De même, dans « les lois de Guillaume le Conquérant », l'article 38 contient l'exonération de toutes réparations sur le terrain délictuel pour celui qui a jeté à la mer les choses d'autrui. Si le Code de Théodoric avait interdit l'application du droit romain aux tribunaux, la loi 5 du titre V du chap. V nous apprend qu'en cas de perte de marchandises par naufrage, il est fait appel aux règles romaines. La société s'écroula avec l'armature romaine. « Les peuples, réunis par un lien commun, une puissance unique, se trouvèrent brus-

(1) Pardessus : Coll. I, p. 183.

quement séparés, la navigation alla à la piraterie (1). » Comme conséquence de cet état de choses, les rapports commerciaux furent limités au strict minimum. Toutefois, le droit romain demeura toujours en vigueur jusqu'à la formation des villes et républiques italiennes, qui donnèrent le signal d'une véritable révolution. Le mouvement amplificateur de cette dernière fut donné par les Croisades (1084-1268). L'accélération en fut continuée : 1155, sous le règne de Louis VII, formation en France de villes de bourgeoisie ; 1250-1273, Faustrecht en Germanie ; apparition des foires et Villes libres hanséatiques. Entre l'invasion des peuples du Nord et le retour de la civilisation, l'autorité de la législation romaine, en matière maritime, se maintint d'une façon à peu près uniforme. « Après être restée loi plus ou moins positive ou simplement tradition et coutume dans l'Empire d'Occident, selon les circonstances et chacune des provinces envahies, cette législation devint la source des usages de statuts maritimes adoptés successivement par les villes et pays commerciaux, tandis que, sous le nom de Digeste, de Code, puis enfin de Basiliques, elle régissait d'une manière plus précise les pays qui restaient sous la domination des empereurs de Constantinople (2). »

Goldschmidt a classifié les sources de droit maritime de la manière suivante :

---

(1) Pardessus : Coll. I, p. 183.

(2) Pardessus : Coll. I, p. 147.

- I. Droit romain presque pur, romano-byzantin
  - *A*) Italie
    - 1° S.-O. .... Amalfi
    - 2° Adriatique
      - Venise
      - Ancône
      - Pise — Constitutum usus — Statut de Marseille
      - Gênes
  - *B*) Espagne
    - 1° Source romaine
      - Statuts catalans de Barcelone et Tortosa
      - Valence
      - Législation romanisante des Siete Partidas
    - 2° Consulat
- II. Droit germanique presque pur, influence précoce du droit romain
  - 1° Basse Allemagne (Hollande comprise)
  - 2° Angleterre
  - 3° Scandinavie
- III. Droit de l'Est de la France
  - 1° Droit maritime des Croisés de Jérusalem
  - 2° Coutumes d'Oléron (12e s.)

Pardessus (3), se plaçant au point de vue plus spécial qui nous occupe, classe les sources de toute autre manière :

---

(3) Pardessus : Coll. II, p. 20, 21.

- I. Espèce de sacrifice
  - *A*) Cas où jet a sauvé navire
    - Droit athénien
    - Droit romain
    - Droit des Basiliques
    - Droit des Croisés
    - Rôles d'Oléron
    - Statut de Pise de 1161 (ch. 13)
    - Statut de Marseille (1228 à 1254)
    - Ordonnance de Barcelone (1340 art. 28)
  - *B*) Extension à naufrage et prise par pirates
    - Compilation rhodienne
    - Loi de Trani
    - Capitulare nauticum de Venise
  - *C*) Admission 2 systèmes
    - 1° légal
    - 2° conventionnel — Consulat
- II. Mode d'évaluation
  - 1° Choses sacrifiées (prix d'achat) — Droit romain
  - 2° Choses sauvées (valeur au moment contribution) — Droit des Basiliques
  - 1° Choses sacrifiées (valeur au moment contribution)
    - Rôles d'Oléron
    - Statut de Pise (ch. 13)
    - Statut de Marseille (liv. 4, ch. 30)
  - 2° Choses sauvées (valeur au moment contribution)
    - Ordonnance pour l'Aragon de 1340
  - 1° Choses sacrifiées (valeur d'achat) — Droit maritime des Croisés de Jérusalem
  - 2° Choses sauvées (valeur d'achat) — Droit maritime des Croisés de Jérusalem
  - 1° Jet fait dans la 1re partie du voyage (prix d'achat) — Consulat
  - 2° Jet fait dans la 2e partie du voyage (prix d'arrivée) — Consulat

Alors que Goldschmidt fait une classification plus ou moins aprioristique, Pardessus au contraire, plaçant la question sur son véritable terrain, celui de la contribution, nous donne immédiatement une vue intuitive des différents développements de cette dernière. La contribution n'est que la manifestation tangible de la Communauté, formation spontanée, mise en œuvre d'un principe d'équité. Dès lors, toute particularité apportée à la contribution, soit dans ses espèces, soit dans ses modes d'évaluation, correspond nécessairement à une transformation de la Communauté. Nous ferons complètement abstraction de la multiplicité des sources pour n'en détacher que quelques-unes : les Basiliques, le Droit naval des Rhodiens, le Consulat, le Droit des Villes italiennes. A travers ces divers documents du moyen âge et de la période moderne, la Communauté, guidée par l'histoire, va vivre en se développant. De Communauté de risques à l'état nu, successivement, elle va se transformer en Χοινωνία pseudo-rhodienne, en agermanament catalan, en germinamento italien.

CHAPITRE II

Le droit byzantin et le droit pseudo-rhodien

Le mécanisme varié et technique de l'activité commerciale est broyé par le retour violent de la navigation et du commerce maritime adopté par les pirates. Les entreprises de gros capitalistes font place à un développement très insuffisant mais en vérité plein d'une vie nouvelle de l'idée d'association dont les germes sont forcés à s'unir par le désir de se mettre en sûreté. De nouveau, comme au temps jadis des Phéniciens et des Hellènes, le commerçant accompagne, étant armateur ou co-armateur, le transport des marchandises. Le conducteur et les petits équipages de navire, composés la plupart du temps d'hommes libres, diffèrent les uns des autres à mesure que l'expérience se développe. Capitaine et équipage sont en même temps des co-armateurs. Les transporteurs des marchandises sont intéressés aux conséquences économiques du voyage par une participation au chargement et il n'est pas rare de les voir constituer une entreprise commerçante, à l'effet d'exploiter le commerce maritime pour leur propre compte, mais, beaucoup plus fréquemment, sur provision ou participation au bénéfice, en qualité de « commendatarii ». Comme

conséquence, les rôles d'armateur, capitaine, équipage, chargeur qui, dans une grosse entreprise de l'époque romaine étaient strictement séparés, se trouvent la plupart du temps confondus. Simultanément, le savoir nautique d'autrefois reparaît et les va-et-vient continuels de la navigation maritime s'accroissent d'une façon considérable. Simultanément le moyen âge, pour pallier à l'abstraction dont il n'est pas capable, trace dans un croquis juridique une description claire et large des particularités de fait, tandis que les jurisconsultes classiques, sous une forme déductive mais lourde, nous révèlent les faits économiques. Ces dissemblances dans un pareil croquis empêchent la compréhension certaine de l'institution juridique ainsi que la délimitation des frontières entre les réalités brutales de la vie et celles du droit.

§ 1. — Les Basiliques

Le droit byzantin occupe, dans tous ces rapports, une situation particulière : il est le reflet de l'antiquité classique et l'expression du commerce européen oriental au moyen âge. En effet, l'étude des abrégés du droit des Basiliques, la « synopsis major » et la « synopsis minor » qui, d'après Assemani (1), aurait été écrite en 1167, corrobore notre affirmation. La « Sypnoseos Basilicorum minoris fragmenta, Chap. 67 : Περὶ ἄλλης συνεισφορας contient le texte suivant : Εστι δὲ καὶ ἄλλη συνεισφορὰ ἐπι προικὶ γινομένη. Pardessus (2) traduit : « est autem aliud genus contributionis gratis fit », émettant l'hypothèse que « cette autre contribution » est une contribution par suite

(1) Assemani : Bibliotheca juris orientalis, t. II.
(2) Pardessus : Coll. I, p. 203.

d'assurance mutuelle, résultant de la libre convention des parties et non de la volonté de la loi. Goldschmidt, appuyé par son ami Zachariae de Lingenthal (Jus Graeco, Romanorum, II 1856, pag. 184), conteste que συνεισφόρα ἐπι προικὶ γινομένη puisse signifier une contribution gratuite et traduit par « collatio dotis ». Il ne faut pas perdre de vue, nous dit-il, le caractère scientifique de la « synopsis minor ». Dès lors, rien d'étonnant à ce que l'auteur ait cru devoir prévenir d'une confusion entre la contribution (collatio dotis) (συνεισφόρα ἐπι προικὶ γινομένη) et la « contributio in navi » (συνεισφόρα εν τῷ πλοιῳ) dont il est parlé au chap. 61.

Pour nous, nous ne nous croyons pas apte à prendre parti dans cette discussion d'érudits, et nous ne voulons tirer de cette controverse qu'un seul enseignement : c'est que déjà la contribution n'a plus l'unité romaine. De toute façon, que l'on adopte l'opinion de Goldschmidt ou celle de Pardessus, il est un fait certain, c'est que nous avons deux contributions ou tout au moins deux genres de contribution. Or, si nous ouvrons la « Synopseos Basilicorum majoris fragmenta », qui est bien antérieure à la « minoris », nous constatons au Liv. LIII une anomalie choquante. Le titre III de ce livre est intitulé : « Naufrage, jet et contribution », alors que le titre VIII est intitulé : « Chapitres extraits de la loi rhodienne ». A l'examen, on s'aperçoit que le premier de ces deux titres est une reproduction parfaite des règles romaines formulées au Digeste « ex lege Rhodia de jactu » tandis que le deuxième est la copie partielle des 11 chapitres de la troisième pièce d'une compilation rhodienne, publiée par Schard en 1591 et Lowenklau en 1595. Dans ces conditions, ne nous est-il pas permis de supposer

que la συνεισφόρα ἐπι προικὶ γινομένη n'est qu'une allusion implicite au titre VIII du Livre III de la « Synopseos Basilicorum majoris fragmenta » ? C'est là une simple supposition, dénuée de tout caractère de certitude et qui n'a même pas la valeur d'une hypothèse. Quoi qu'il en soit, l'obscurité même de ces textes témoigne d'une perturbation dans l'ordre économique et social. Pardessus (1) aura beau vouloir expliquer ces contradictions en disant que les Grecs ont commencé par adopter le droit romain sur le jet et la contribution, et qu'ils lui ont substitué par la suite un droit différent, tel qu'il se trouve dans la compilation rhodienne, il est impossible de ne pas voir que le caractère d'incertitude de cette législation en partie double est le reflet des perturbations sociales et marque à n'en pas douter une transition très nette entre les périodes romaine et médiévale.

§ 2. — Ὁ νόμος τῶν Ρωδίων ναυτικός

Quelle est donc cette compilation rhodienne dont l'existence vient de nous être révélée ? La compilation en notre possession est du milieu du VIII^e^ siècle. Elle date de Léon l'Isaurien (717-741). Elle présente une composition tripartite : 1° Prologue — qui nous raconte comment les empereurs ont ordonné et approuvé l'application de divers usages rhodiens à leur empire ; 2° Ναυτικὸς νόμος — droit naval qui comprend des usages relatifs au partage du fret, des mesures d'ordre intérieur applicables aux navires, des règles sur les emprunts à la grosse et la responsabilité des amateurs pour les faits de l'équipage ;

(1) Pardessus : Coll. I, p. 159.

3° Νομός Ρόδιων ναυτικός καθ'εκλογήν ἐκ τοῦ βιβλίου τῶν Διγήσῶν — loi des Rhodiens en matière maritime d'après le Livre XI du Digeste (il faut lire 14). Cette troisième partie est seule susceptible de retenir notre attention. Elle comporte 47 chapitres. Le texte nous en est donné avec une traduction latine par Pardessus (1) dans ses « Us et coutumes de la mer » et dans ses « Collections de lois maritimes », par M. Dareste dans la « Revue de philologie » de 1905 avec une traduction française. Les deux versions se complètent l'une et l'autre : le manuscrit de Pardessus nous permet de suppléer avantageusement aux chapitres qui manquent au manuscrit de M. Dareste.

L'authenticité de cette compilation est discutée.

Valin, dans la préface de l'Ordonnance de la marine de 1681, écrit qu'« elle est la source de ce que les Romains nous ont laissé sur le droit romain », alors qu'Emerigon, dans la préface du « Traité des assurances », dit « qu'il y a là deux droits diamétralement opposés ». Pastoret, dans sa « Dissertation sur l'influence des lois rhodiennes » (p. 26), croit pouvoir affirmer que « la compilation qui porte aujourd'hui le nom rhodien est récente, le véritable droit n'est pas parvenu jusqu'à nous ». M. Dareste voit dans cette compilation une « réapparition » du véritable droit rhodien, tandis que Pardessus affirme que « ce ne sont pas les lois qui régissaient Rhodes au moment de sa puissance et de sa liberté » et le prouve par des comparaisons de textes. Ce dernier auteur dit en substance : trois faits sont incontestables : 1° emprunt des Romains à la législation rhodienne ; 2° décision des jurisconsultes romains conforme

(1) Pardessus : Coll. I, p. 159.

à cette dernière ; 3e sanction législative d'Auguste. Mais voici les différences : tandis que le droit romain établit la distinction des avaries particulières et des avaries communes (D. fr. 2, § 1) exigeant pour ces dernières deux conditions de validité : *a*) un état de nécessité ; *b*) la réalisation d'un but précis : le sauvetage du navire, des marchandises et des passagers (D. fr. 3 et 5), le droit rhodien, au contraire, pose le principe de la communauté de tous risques (1). Tandis que, en droit romain, les marchandises sauvées ne contribuent pas à la réparation de la perte éprouvée par d'autres marchands hors le cas de péril imminent (D. fr. 5, § 1), le droit rhodien, au contraire, proclame la contribution entre marchandises sauvées et le navire qui a péri, sans se préoccuper du caractère d'imminence du péril. De même, alors qu'en droit romain le vol par des pirates au préjudice des chargeurs ou passagers n'est qu'une avarie particulière (D. fr. 2, § 3), en droit rhodien il est une avarie commune.

Il nous appartient de prendre parti dans le débat ; pour nous, nous croyons avec M. Dareste que nous sommes en présence d'une « réapparition » du véritable droit rhodien. Certes, les différences que nous signale Pardessus sont tangibles, mais ne s'expliquent-elles pas ? Il ne faut pas perdre de vue que les Romains ont transposé la loi rhodienne dans le moule du contrat de louage. Or, ce moule constricteur devait entraîner nécessairement une déformation du principe même, posé en termes si nets par le fr. 1 : « lege Rhodia cavetur : si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione, sarciatur quod pro omnibus datum est ».

1 Ch. 29, 31, 32, 33, 38, 41.

C'est le seul texte auquel Pardessus est bien obligé de reconnaître un caractère d'authenticité. Dès lors, nous sommes en droit de lui dire : « Faites abstraction du vêtement sous lequel les Romains ont voulu parer la législation rhodienne pour n'en considérer que le principe. Or, de votre aveu même, vous reconnaissez un caractère d'authenticité au texte dans lequel il est formulé. Donc, les principes sont les mêmes, seules des différences d'application subsistent : restrictives chez les Romains, extensibles chez les Rhodiens. Par conséquent, les dispositions rhodiennes qui nous ont été transmises dans cette compilation sont bien celles qui « régissaient Rhodes au siècle où vivait Cicéron et les jurisconsultes qui les ont commentées sous la République, sous le règne d'Auguste et sous celui de leurs successeurs ».

« Si un navire a fait un jet, après avoir perdu son mât abattu ou rompu par accident, tous hommes d'équipage et marchands, marchandises et navire, en un mot tout ce qui a été sauvé viendra en contribution (1). » N'est-il pas vrai qu'il y a concordance entre le principe formulé dans le fr. 1 « de lege Rhodia de jactu » et celui formulé dans le chapitre 35 de la compilation rhodienne? On peut se rendre compte avec quelle habileté prudente la formule romaine a transposé le principe « omnium contributione », par la contribution de tous, tandis que la compilation rhodienne a soin de préciser : παντες οὶ ναυται καὶ οὶ εμπόροι καὶ τα φορτία καὶ το σωθεν πλοιον. La « locatio conductio operarum » s'opposait à cette énumération, car dans tout contrat l'intérêt est la mesure

(1) V. texte grec dans la *Revue de philologie*, 1905 (traduction Dareste).

de nos actions: « quod pro omnibus datum est ». Dès lors, il est bien évident que sous l'angle contractuel la mobilité même de l'intérêt se résout de diverses manières: avaries particulières et avaries communes. La compilation rhodienne, qui n'a pas les mêmes préoccupations que le droit romain, n'a à considérer que les avaries communes. Aussi bien l'accident qui, en droit romain, est une avarie particulière, sera une avarie commune dans la compilation rhodienne.

« Si le navire est pris dans une tempête et que les marchandises aient été jetées à la mer, qu'il y ait eu rupture des antennes, du mât, du gouvernail, des ancres, des chaloupes, tout cela entrera en contribution avec le prix du navire et des marchandises sauvées (1). » De même, tandis que le droit romain était amené, comme conséquence logique de la distinction qu'il posait, à différencier les objets sacrifiés et ceux qui ne l'étaient pas, appréciant la valeur des premiers d'après le prix d'achat et celle des seconds au moment de la contribution, la compilation rhodienne fait masse de la valeur sacrifiée, de la valeur du navire et de la valeur sauvée. Mais, la généralité même de la contribution n'est pas exempte de réglementation.

« Si le patron tient conseil avec le chargeur sur le jet à la mer, que le chargeur s'y oppose et que le navire se perde, c'est le chargeur qui paiera l'amende. S'il n'y a d'opposition ni de lui, ni du patron, ni de l'équipage et que le navire reçoive des avaries ou fasse naufrage, tout ce qui sera sauvé du navire et du chargement viendra en contribution (2). »

(1) V. texte grec dans la *Revue de philologie*, 1905 (traduction Dareste).

(2) *Loc. cit.*

La « voluntas vectorum » se réalise sous la manifestation d'un conseil où la loi de l'unanimité apparaît être la règle. Il faut noter : 1° que cette délibération est facultative ; 2° que les communistes sont égaux entre eux. C'est là, à n'en pas douter, la traduction de faits économiques : affranchissement de l'esclave-capitaine qui est devenu patron, modification dans la composition de l'équipage dont le recrutement est plus relevé : hommes d'expérience qui ont droit à la considération. Si l'armateur ou le propriétaire du navire meurent, il y a toujours le capitaine ; armateur, capitaine, chargeurs et équipage sont apparemment dans un lien de dépendance beaucoup plus étroit qu'au temps des juristes des Pandectes. L'équipage est assuré de plusieurs manières sur une part de chargement. Le recours direct contre le capitaine est posé nettement : si le capitaine séjourne dans un endroit suspect de vol ou de piraterie, bien que les passagers lui aient fait remarquer le danger, dans ces conditions il est tenu envers les passagers de tout le dommage ; mais si les chargeurs, malgré que le capitaine leur ait montré le danger, ont porté le navire dans un pareil parage, tout dommage sera à leur charge (chap. 4). Même situation d'après le chap. 39 : si les abordages ont eu lieu malgré la volonté du capitaine et des chargeurs, mais si le capitaine et les chargeurs se mettent d'accord, ils partageront le dommage.

CHAPITRE III

Fondement juridique

Le chapitre 17 contient la première mention certaine d'une « commenda » juridique maritime, qui a joué, au bas moyen âge, un rôle prédominant dans le commerce maritime dont la caractéristique, sous l'impulsion des nécessités économiques et politiques, est d'être fait en commun. La Communauté s'est resserrée : elle n'est plus emprisonnée dans le moule rigide d'une « locatio conductio operarum ». Le contrat est relégué au second plan : s'il existe, il ne sert qu'à préciser les obligations des parties et ce d'ailleurs d'une façon très générale. Ce qu'il faut voir derrière la Communauté, ce sont les pirates qui sillonnaient la mer. Le désir de se mettre en sûreté se superposa à la Communauté, formation spontanée, et lui donna une impulsion nouvelle. La Communauté s'est étendue dans son objet, mais elle s'est étendue aussi dans l'espace : une dette de Communauté, nécessitée par un besoin commun (ἐπι χρεια κοινωνία), basée sur un risque de mer durant la navigation (κατα πλοῦν), s'établit pour ce qui est de l'or et de l'argent. Goldschmidt appelle cette sorte de prêt maritime « Sozietätsmässig modifi-

zirtes Seedarlehen » et il estime, d'accord avec Silberschmidt (1), Cujas (2), Pardessus (3) que ce n'est pas d'un véritable prêt maritime qu'il s'agit dans la Communauté (κοινωνια), mais d'un commerce de crédit maritime façonné comme une « commenda ».

Nous est-il possible de déterminer exactement ce qu'est la κοινωνια pseudo-rhodienne ? Ici encore, comme en droit romain, nous sommes désarmés dès que, ne voulant pas nous contenter de généralités, nous essayons de saisir ce phénomène juridique et l'assimiler à une institution parfaitement assise. C'est ainsi que des vues multiples ont été émises sur la κοινωνια. Pardessus remarque tout d'abord que, d'après le droit maritime pseudo-rhodien, entre le navire, la cargaison et tous les chargeurs existe une sorte de Communauté de tous risques (4). Ce système est décrit comme correspondant à celui du « germinamento » : ce n'est pas un système conforme au contrat, mais légal. En second lieu, cet auteur émet l'hypothèse qu'un système d'assurance mutuelle pouvait déjà exister dans l'archipel grec et être adopté par l'auteur de la compilation pseudo-rhodienne. En troisième lieu, il fait observer qu'il existe parfois entre chargeurs et armateurs une société pour le gain et la perte résultant du voyage (chap. 9, 27, 28, 32). Laband (5) pense que, sous l'épithète de κοινωνια, c'est la « colonna » sud-italienne qui se trouve dans le droit maritime pseudo-

(1) Silberschmidt : Die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung (1884), p. 36, 17, 18.

(2) Cujas : Recitat ad., CIV, 33.

(3) Pardessus : Coll. I, p. 247, note 2.

(4) Pardessus : Coll. I, p. 29, 165, 166.

(5) Laband : Z. f. H., liv. VII, p. 308.

rhodien. Silberschmidt y voit une « commenda » dans ses plus récents développements, Wagner (1) croit que la κοινωνια présente un rapport d'analogie avec la « colonna). Zachariæ de Lingenthal, après avoir traité en détail le contenu du droit pseudo-rhodien, se résume ainsi : « C'est donc bien net, voici le cas. Comme d'habitude on supposera que le chargement ne repose pas sur un mythe, mais au contraire est la conséquence d'une compagnie d'affaires, où chargeur et capitaine partagent gain et perte.

« Ensuite, le droit de la « lex Rhodia » a adopté les modifications suivantes : tous les accidents qui atteignent le navire et la cargaison, sans qu'il y ait faute de la part de l'un ou de l'autre, sont supportés en commum par le capitaine, le chargement et les voyageurs. Ainsi donc, pour ainsi dire, une assurance mutuelle du navire et de la cargaison contre le péril ou la rapine de mer se produit, et ce sont là des principes de participation suffisamment établis en vertu desquels capitaine, chargeurs et voyageurs ont à contribuer à la compensation du dommage. » Goldschmidt croit que la κοινωνία pourrait être subséquente à un procédé d'affaires : « Quoi qu'il en soit, l'existence d'une extension de la contribution pour avarie à chaque accident fortuit de mer et le développement excessif des sociétés entre capitaine et chargeurs pouvaient être considérés, pour les uns et pour les autres, comme une tendance historique à la mise en commun. Dans le même temps, l'existence de sociétés très nombreuses et peut-être d'un trop grand poids dans

(1) Wagner : Geschichte des griechisch-römischen Rechte, 2 Aufl., p. 295.

le monde des affaires) amenait à une contribution de perte universelle. Par l'usage, il était possible de parvenir à porter ce même principe progressivement généralisé dans les cas réels de contrat d'affrètement, surtout au moment précis où la nécessité des rapports de navigation d'autrefois, en particulier le péril croissant de la piraterie, y poussait. La divulgation de cette connexité supposée entre la κοινωνία et la rupture du droit classique des avaries se dérobe ouvertement à notre connaissance ; il est concevable, mais ce n'est pas à démontrer, qu'elle se borne uniquement à la Communauté de risques ; que des sociétés ayant les caractères d'assurance de mutualité et portant entre les intéressés au voyage ont été conclues... Cela correspond aux conditions de l'empire byzantin : ce droit très brutal, mais très moderne, des compilations rhodiennes, s'est maintenu dans une autorité se perpétuant vis-à-vis du droit de Justinien, ramené à la vie par les Basiliques ; il passa de lui-même pour partie dans les Basiliques, exerça une influence sur le développement très tardif du droit de nombreux pays méditerranéens et dans le sud de l'Italie ; selon toute apparence, il resta en vigueur bien longtemps après la fin de la puissance byzantine. »

Pour nous, qui sommes convaincu que la compilation rhodienne est une « réapparition des lois rhodiennes » transposées et quelque peu déformées par les Romains, nous concevons, avec Goldschmidt, que le fondement juridique des avaries communes c'est la Communauté de risques. Mais, de même que les jurisconsultes romains ont donné à cette dernière une superstructure : la « locatio conductio operarum », qui correspondait à leur état économique et à leurs conceptions juridiques; de même, au moyen âge, la compilation rhodienne, sous

l'influence des nécessités économiques et historiques, s'est vue dans l'obligation, par la force même des évènements, d'échafauder une armature moins rigide, plus large que celle du droit romain, dans laquelle la Communauté de risques pût se mouvoir librement : c'est la société, moule qui était commandé par les nécessités de l'heure présente. De même que le contenu épouse les contours du contenant à tel point que, si la matière s'y prête et si la construction est solide, ils adhèrent si fortement l'un à l'autre qu'il est parfois difficile de les dissocier, de même l'empreinte dont les jurisconsultes de Rome ont marqué l'institution rhodienne est restée ineffaçable. Malgré les changements successifs des siècles, il en est toujours resté quelque chose.

TITRE II

L'AGERMANAMENT CATALAN

CHAPITRE I

Les sources médiévales

Le droit maritime du moyen âge est celui qui a précédé l'adoption générale ou la réapparition des solutions romaines. Le devoir de contribution dans cette période de l'histoire présente des particularités divergentes. La réglementation d'un devoir de contribution est tantôt plus étroite, tantôt plus large que celle du droit romain, mais n'est nulle part pleinement d'accord avec cette dernière. Ces divergences, comme déjà dans le droit maritime pseudo-rhodien, se ramènent à deux : *a*) extension ou limitation des cas de contribution ; *b*) fixation du devoir de contribution non seulement à des prévisions matérielles, mais encore à des prévisions de forme. Le droit est un droit formaliste.

Dans les sources du Nord, il est permis de constater l'admission en contribution du jet du navire ; les autres cas (rupture des mâts, rançon d'ennemis ou de pirates) ne sont pas connus. Il en est ainsi dans : le droit Hambour-

geois de 1256-1261 1), le droit de Brême (2), le droit de Riga (2), le droit de Wisby (3), le droit de Lübeck (1240) (3), le Lübische Schiffsrecht (1299) (4). Dans les sources du Sud, dans l'ordonnance de Venise (9 juin 1428) (5) en particulier, la contribution aux grosses avarie est limitée à deux cas : 1° jet de la cargaison en tant qu'elle a été détaillée sur le registre du bord ; 2° le cas de piraterie ; tandis que, dans le domaine de la mer Adriatique, la Communauté légale de périls pseudo-rhodienne apparaît en ce sens qu'elle apporte une énumération plus extensible des cas d'avarie. C'est ainsi que la barraterie est rangée au nombre des avaries dans le « capitulum nauticum » vénitien (1255) (6), les statuts de Zara (1300) (7), les statuts de Zenina (1331) (8), le statut d'Ancône (1397) (9), le statut de Trani (1663 ou 1453).

Par la multiplicité des cas de contribution, on pouvait en arriver à exiger, pour l'acte important du jet à la mer et pour tout acte juridique identique du capitaine, des dispositions de forme, à savoir : interrogation préalable ou délibération des marchands présents ou de leur représentant, ainsi que des officiers du bord et de l'équipage.

---

(1) Lappenberg : Die ältesten Stadt und Schiffsrechts Hambourg, p. 83, note 5.

(2) Pardessus : Coll. III, p. 321, 501, 509.

(3) Hach : Das älteste Lübische Recht, II, 206; III, 88.

(4) Pardessus : Coll. III, p. 119.

(5) Pardessus : Coll. V, p. 64.

(6) Pardessus : Coll. V, p. 20.

(7) Pardessus : Coll. VI, p. 614.

(8) Pardessus : Coll. VI, p, 622.

(9) Pardessus : Coll. V, p. 173, 184.

1° A côté de ces sources du moyen âge existe, tout près, le profond, le classique droit romain, peut-être déjà le droit rhodien primitif qui commande la notion d'une Communauté de risques. Le droit romain est une « lex contractus », un « pactum » et sans doute correspondant à la jeunesse du droit, une loi solennelle, une convention s'exécutant dans des formes bien établies. Le moyen âge s'est mépris sur la véritable portée des « actio locati » : il n'a pas vu, comme certains de nos modernes l'ont fait, que la contribution romaine n'avait pas du tout un fondement contractuel, et que ses actions n'étaient que des moyens de mise en œuvre imparfaits. Le droit romain en était arrivé à un degré de perfectionnement autrement développé sous l'apparence de formes archaïques. Si, originairement, le contrat a pu être à la base de la contribution, insensiblement, par la suite, un accord tacite put être estimé pour suffisant jusqu'à ce que ce dernier se transformât également d'une manière clandestine en usage maritime général et ouvertement en un vrai droit coutumier, décrit avec précision. Le droit romain en était arrivé à cette phase dernière du développement. Et il est curieux de constater qu'au lieu de hâter le perfectionnement du droit au moyen âge, il n'a fait que le retarder, parce que le moyen âge s'est servilement attaché à la forme extérieure, aux moyens d'action archaïques de la « locatio conductio operarum ».

2° Si la contribution est à base contractuelle, il est naturel que la preuve de cette dernière soit également contractuelle. La preuve même de l'acte emprunte quelque chose au caractère du contrat. Seulement, au moyen âge le droit de preuve formel se transforme pour ainsi dire en un droit de preuve matériel. Les formes de

preuve étroites primitives sont donc laissées de côté. Le moyen de preuve prescrit auparavant est dépouillé de sa puissance absolue de démonstration et son système est remplacé par un moyen de preuve voulu, parfaitement adapté. Cette marche de développement ne s'est pas manifestée uniformément dans toutes les institutions juridiques. C'est ainsi que le droit de la lettre de change est déterminé encore de nos jours par un acte de preuve solennelle protêt de la lettre de change) qui correspond sans aucun doute, mais pas d'une façon absolue, au point de vue historique, à la notion de la conservation du droit. En effet, primitivement, le protêt de la lettre de change a pour but essentiel la conservation d'un droit : le plus ancien protêt de la lettre de change qui nous soit connu mentionne un acte de droit décomposé en trois actes : la « praesentatio littèrarum, requisitio et protestatio ». Cet acte a pour but de conserver au présentant, après le refus de paiement du tiré, tous les droits à l'encontre du tireur. Cette marche graduelle d'un développement évident s'est manifestée précisément dans la matière qui fait l'objet de notre étude. Primitivement, au moment du jet du navire, déclaration solennelle des intéressés, sous réserve de la possibilité d'une constatation simultanée ou subséquente par le notaire du navire. Puis, cette constatation a été remplacée par une déclaration plus tardive ou par une déclaration de serment faite par le capitaine et l'équipage aussitôt que possible; enfin, enrôlement dans le journal du bord de la constatation aussi bien que de la déclaration.

3° Si l'on veut être à même d'apprécier complètement le droit du moyen âge, il faut ajouter à ces considérations générales d'autres considérations d'utilité. Jamais la situation juridique du conducteur de navire ne s'est dé-

tachée avec moins de netteté de celle de l'équipage et des chargeurs ; jamais le cercle des intérêts ne s'est davantage entrelacé ; jamais le conducteur du navire n'a pris davantage de soins de la connaissance et de l'expérience nautiques du « peuple du navire ». Bien plus, le passager s'efforce de dominer, de ne pas remettre à la décision d'un seul homme les actes entraînant une responsabilité, tels que jet du navire, rupture des mâts, rançon de pirates, mais d'écrire auparavant l'interrogation, la résolution, la délibération prises par le cercle des intéressés. Ainsi donc, Goldschmidt est amené à distingner, dans le développement du droit, trois phases : 1° acte de contrat formel ; 2° acte de preuve formelle; 3° règle d'utilité générale.

Goldschmidt nous a montré comment la délibération est issue du contrat pour ne devenir, dans la phase ultime de son développement, qu'une règle d'utilité générale, de telle sorte que, pour apprécier avec certitude une législation, il faut considérer dans quel sens l'institution de la délibération est prise : 1° acte de contrat formel; 2° acte de preuve formelle ; 3° règle d'utilité générale.

Nous adoptons dans leur ensemble les idées de Goldschmidt, qui nous a fourni un critérium d'analyse d'une grande valeur. Mais nous croyons devoir marquer, dès à présent, une différence de conceptions entre le droit romain, le droit médiéval et le droit moderne. Toute la clé des avaries communes, il n'est pas inutile d'y insister, réside au Digeste de Justinien (D. 14, 2, 2) : c'est Paul lui-même qui nous la donne « voluntas vectorum vel metus ». Le fondement juridique des avaries communes romaines, c'est la « metus ». Nous avons vu que la « voluntas vectorum » n'était là qu'à titre subsi-

diaire ; mais elle n'en est pas moins mentionnée comme un élément possible pouvant donner naissance à la contribution. Or nous allons assister, au moyen âge, au plein développement de cet élément embryonnaire. De simple « demande » qu'il était à l'époque romaine, de simple conseil qu'il était dans le droit byzantin, il va s'ériger en une véritable institution juridique, celle de la délibération au détriment de la « metus ». Comment cette transformation s'est-elle opérée ? Goldschmidt nous en a fait la démonstration. Cette différenciation que nous croyons devoir faire trouve sa justification dans la réalité des faits. A l'époque romaine, si le « magister navis » est aussi puissant, c'est qu'il ne peut, qu'il ne doit agir que sous l'empire de la « metus ». C'est la « metus » qui fonde juridiquement ses actes et nous avons vu précisément par quelle inconséquence l'Ecole servienne en était arrivée, par le moyen des actions « locati conducti », à établir d'une façon trop rigoureuse sa responsabilité, alors que, logiquement, son irresponsabilité aurait dû apparaître. Il n'en est pas de même au moyen âge : le capitaine ne peut, ne doit agir que s'il est habilité par les chargeurs. Et il faut tout de suite remarquer que la loi qui fonde les rapports juridiques, ce n'est pas celle de l'unanimité, c'est celle de la majorité. Ce sera la grave objection que M. Haralambidis adressera à la théorie de l'assurance mutuelle de M. Ripert, en particulier, et, en général, à tous ceux qui veulent donner aux avaries communes un fondement contractuel. Il semble bien, en effet, que s'il était exact que l'on dût donner aux avaries communes une base contractuelle, on devrait se trouver en présence de la loi de l'unanimité. Sans vouloir anticiper sur des développements postérieurs, qu'il nous suffise de dire, pour l'instant, que l'idée de majorité

n'est pas incompatible avec celle de contrat, mais à la condition que l'on veuille y voir autre chose qu'une figure juridique, c'est-à-dire non pas un moule intangible, immuable, mais un motif d'action.

La « voluntas vectorum » est très certainement d'origine contractuelle : elle est un résidu contractuel. Nous sommes persuadé que si les Romains ont relégué au second plan la « voluntas vectorum », en tant que loi de majorité fondant la contribution, c'est qu'ils sont arrivés très difficilement à admettre qu'une majorité pût imposer sa loi à une minorité. On peut même affirmer que si un tel lien juridique ne leur était pas inconnu (majorité des créanciers se mettant d'accord pour accorder des avantages à un débiteur commun), il n'en est pas moins vrai que les Romains éprouvaient une antipathie réelle pour de telles majorités. Nous croyons, pour notre part, que c'est là une des raisons qui ont amené les jurisconsultes de Rome à défigurer la théorie des avaries communes en la transposant. Quoi qu'il en soit, en droit moderne, si nous voulons rendre un compte exact du véritable caractère de l'institution des avaries communes, nous ne pourrons pas dissocier ces deux éléments : « voluntas vectorum vel metus », qui sont tous deux sur le même plan, à tel point que, si l'on accorde plus d'importance à l'un plutôt qu'à l'autre, on arrive à fausser du tout au tout l'institution elle-même. Notre droit des avaries communes est, en effet, nous le démontrerons, une synthèse des conceptions romaines et médiévales. Comment la théorie romaine est-elle parvenue à se greffer sur la théorie médiévale ? Cette question fera également l'objet d'une étude particulière.

Dès lors, notre conclusion est un peu différente de celle de Goldschmidt. Nous croyons ne pouvoir expliquer la

multiplicité des cas de contribution par rapport au droit romain qui nous fournissait une énonciation limitative que, précisément, par cette différence de conceptions juridiques qui sont antagonistes l'une de l'autre : la « metus » donne au « magister navis » un pouvoir souverain. La conséquence est que nous sommes amené à distinguer des avaries communes et particulières. Dès lors, en droit romain nous dirons d'une façon générale : par exception au principe « res perit domino », seront avaries communes tous risques intégrés par la volonté agissante du capitaine. La contribution romaine consistera précisément, nous l'avons vu, à réparer la perte éprouvée. En droit médiéval, il n'en est pas de même : si le capitaine agit, c'est qu'il est habilité plus ou moins apparemment, par une volonté commune qui n'est pas une volonté unanime, mais une majorité. La conséquence de cet état de droit modifie sensiblement la situation juridique du capitaine. Il n'est plus, en droit, le potentat romain. Par suite, nous disons donc : sont avaries communes tous risques intégrés par la volonté agissante du capitaine, mais habilitée plus ou moins tacitement par une volonté commune. Dès lors, la qualité du capitaine change. Ce n'est plus uniquement un préposé de l'armateur comme en droit romain, mais aussi un préposé du chargement. Par voie de conséquence, la nature même de la contribution sera modifiée ; elle n'aura plus pour but de réparer une perte éprouvée, mais bien de compenser une perte éprouvée, ce qui n'est pas du tout la même chose. Par réparation, nous entendons rétablir un équilibre ; par compensation, nous présupposons un fonds préétabli, antérieur à toute perte. A part cette légère variante, qui est bien plutôt une précision qu'une différenciation, reprenant le critérium que Gold-

schmidt nous a donné, nous allons tâcher de le mettre en œuvre pour montrer les diverses phases de cette évolution. Les deux pôles extrêmes de notre démonstration sont : d'une part, le Consulat de la mer ; d'autre part, le le Code de commerce français. La délibération est dans le Consulat de la mer un acte de contrat formel ; dans le Code de commerce français, elle est devenue une règle d'utilité générale. Mais cette évolution ne s'est pas faite d'elle-même, elle a été préparée, soutenue, activée par la réapparition du droit romain. Les conceptions médiévales et romaines s'entre-choqueront : la victoire devait rester au droit romain ; mais cette victoire ne fut pas si complète, pour ne pas traîner à sa suite une institution médiévale, la délibération qu'à son souffle vivificateur le droit romain a transformée pour n'en faire plus qu'une règle d'utilité générale. Nous plaçant uniquement sur le terrain de la vérité historique, nous ne pourrons ne pas tenir compte de cet amalgame que présente notre droit français. Soucieux des nécessités pratiques, nous ferons aux modernistes toutes les concessions possibles que nous croirons compatibles avec ce minimum de vérité.

CHAPITRE II

Le Consulat de la mer

La configuration actuelle de la compilation appartient indubitablement à la deuxième moitié du XIV[e] siècle (1). Vraisemblablement, elle est née aux environs de 1347 à Barcelone d'une cour de justice militaire ; mais la partie constituante de la compilation est visiblement hétérogène et son âge est difficile à préciser. Wagner (2) et et Oliver (3) ont essayé de tirer une date de l'accord indubitable de très nombreux règlements du Consulat avec ceux des « Coustums de Tortosa », rédigés en 1270. Goldschmidt nous dit que vouloir tirer de ce rapprochement une date quelconque, c'est une tentative qui n'offre pas de point d'appui suffisant, d'autant plus que la concordance n'est pas d'une correction parfaite chez Oliver et tout à fait incomplète chez Wagner. Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux qu'à la deuxième moitié du XIII[e] siècle à Barcelone, il existait un droit coutumier

(1) Wagner : Z. f. H., XXIX, p. 485.

(2) Wagner : Seerecht, I, p. 57 ; Z. f. H., XXIX, p. 416.

(3) Oliver : Historica del derecho en Cataluna. 4[e] éd. Madrid, 1876, t. III, p. 631-638.

maritime. Capmany (1) nous en fait la démonstration par le « Diplom Peters III » pour Valence de 1283 : il nous montre que les consuls de Valence, nouvellement créés, devaient trancher les litiges entre les gens de mer et les marchands : « quae juxta consuetudinem maris fuerint terminandae prout est in Barchinona fieri consuetum ». Capmany ajoute (*eod. loc.*, IV, p. 93) que les juges d'appel, créés à Valence la même année que les consuls, s'inspiraient visiblement dans leur décision de cet usage qui devait décider : « secundum consuetudinem et usum maris ». La dénomination de Consulat a été attribuée très tardivement à ce recueil d'usages, mais Boucher (Sur le Consulat de la mer, p. 25), que M. Haralambidis nous cite (2), n'est pas du tout d'accord avec Goldschmidt sur la date à laquelle cette appellation a pu être donnée. Boucher induit de ce fait qu'en 1491, époque à laquelle vivait Alexandre Raudense, on appelait encore cet usage « lois barcelonaises » pour en conclure que l'appellation de Consulat est l'œuvre du XV^e^ siècle. Or, déjà dans les ordonnances de Barcelone de 1435, le chap. 10 est intitulé : « Vol capitol del Consolat » (3). Il est fort possible que dans les masses populaires on continua à donner le nom de « lois barcelonaises » au Consulat, tellement son application était répandue et faisait autorité : mais il n'en est pas moins vrai que, dans les recueils juridiques, il n'avait déjà à cette époque pas d'autre nom que celui-là même par lequel il nous est connu aujourd'hui.

---

(1) Capmany : Historica sobra la marina commercio y artes de Barcelona, I, 2, p. 173.

(2) Haralambidis, n° 20.

(3) Pardessus : Coll. II, p. 40 ; V, p. 492.

M. Haralambidis [1], se mettant à couvert en citant les opinions de Ashburner et de Boucher, traite le Consulat de suggestions ingénieuses de jurisconsultes de l'époque, mais qui n'ont jamais été acceptées dans la pratique ni appliquées par les tribunaux. Et la conclusion de M. Haralambidis est celle-ci : « Le Consulat, de l'aveu de tous, est une compilation d'usage qui n'a jamais eu force de loi. »

Nous ne croyons pas que ces opinions soient fondées. Certes, que le Consulat renferme des suggestions ingénieuses de jurisconsultes et qu'il soit une compilation d'usage, ce point ne peut pas être mis en doute. Mais c'est faire preuve d'un mépris injustifié que de dire qu'il n'a jamais eu force de loi. A cette assertion nous opposons celle de Capmany qui a montré, texte en mains, qu'en 1283 les consuls de Valence et les juges d'appel rendaient leurs décisions en ayant sous les yeux les lois barcelonaises. Cette indifférence, que l'on étale à plaisir relativement au Consulat, trouve son explication chez M. Haralambidis lui-même : « Ces règles ont été puisées en grande partie dans le droit romain qui, à son tour, les a empruntées au droit grec de l'île de Rhodes et aux autres îles de la mer Egée et des côtes de l'Asie Mineure. » C'est parce que le droit catalan n'est qu'un replâtrage ingénieux du droit romain que le Consulat de la mer ne peut pas avoir de valeur scientifique. M. Haralambidis, remarquons-le, ne dit pas que les règles romaines ont été empruntées en totalité au droit romain ; c'est donc qu'il y a une partie infime, d'après lui, qui est autre chose que du droit romain. Nous sommes heureux que l'on nous fasse cette concession. Mais le véritable dan-

---

(1) Haralambidis, n° 20.

ger est que ce minimum que l'on reconnaît être un droit autochtone, on va s'efforcer de le comprendre avec un esprit imbu des conceptions romaines ; par suite, on faussera le véritable caractère de l'institution catalane et, lorsque la difficulté sera trop grande, on passera. En effet, pourquoi l'expliquerait-on ? Les solutions du Consulat ne sont-elles pas des suggestions ingénieuses de jurisconsultes qui n'ont jamais eu force de loi ?

La vérité est toute autre. S'il est probable que les Rhodiens ont emprunté leur législation maritime aux habitants des îles de la mer Egée et des côtes de l'Asie Mineure, s'il est certain que les Romains ont transposé la législation de Rhodes, il est faux que le Consulat ait puisé en grande partie ses règles dans le droit romain. Tout au plus peut-on dire qu'il y a une infime partie qui est partiellement romaine, mais la majeure partie forme un droit hétérogène, à caractère vraiment original. La loi de l'évolution n'est pas toujours uniforme, il y a des éclipses, et il faut avoir grand soin de ne pas se laisser entraîner par le courant évolutif dans un désir d'uniformité. La vie est autre chose qu'une ligne droite, elle est bien plutôt une ligne brisée, et l'habileté du juriste consiste précisément à suivre le plus près possible tous ses zigzags, afin de pouvoir établir une sélection qui lui permettra de dégager une idée générale pour mieux coordonner les éléments épars. Certes, loin de nous la pensée de vouloir incriminer en aucune manière M. Haralambidis, l'erreur commise est générale : il n'y a guère que M. Ripert qui ait mis en lumière toute l'importance du Consulat. Et si vraiment il n'était pas trop présomptueux de notre part — mais ce serait par trop sortir du rôle modeste que nous nous sommes assigné (celui de nous efforcer de tirer le plus grand parti possible des

études de Goldschmidt) — nous dirions : le véritable responsable, c'est Pardessus. M. Haralambidis a eu trop de confiance, et nous verrons que cette confiance lui sera fatale pour la théorie même des avaries communes qu'il propose.

Le Consulat de la mer comprend 252 chapitres. Il est écrit en belle langue catalane dont l'intelligence nous est facilitée par la traduction que nous en donne Pardessus. Le texte de Pardessus s'accorde avec celui de Travers-Twiss ; ils s'appuient tous deux sur l'édition princeps de 1494, tandis que Capmany utilise une dissertation de 1502. La traduction de Capmany donne un plan bien ordonné, mais quelque peu systématique, tandis que les textes de Pardessus et de Travers Twiss ont le mérite de ne présenter, comme dit Goldschmidt que « des textes de recensement », sans aucune idée préconçue de systématisation. La vérité ne s'atteint avec certitude que dans le désordre d'une compilation, parce que l'esprit de recherche ne risque pas d'être égaré par un agencement voulu, par conséquent fictif, présupposant par lui-même une conception personnelle qui peut ne pas être conforme à la réalité. Pour étudier le Consulat de la mer, nous suivrons à peu de choses près le plan de Goldschmidt. Dans une première section de ce chapitre, nous étudierons ce que Goldschmidt appelle la vie réelle de l'expédition que nous intitulerons, pour être fidèle à la terminologie française : l'organisation interne du navire. Dans une deuxième section, nous dissocierons, pour la clarté de l'exposition, ce que Goldschmidt désigne sous le nom de « forme réellement scientifique », en nous bornant à donner ici, à l'aide de quelques textes, les particularités remarquables de l'institution pour rejeter dans un troisième cha-

pitre autonome toutes les considérations sur le fondement juridique.

Section I

Organisation interne du navire

Si l'on compare le droit romain au droit catalan, on constate une innovation. L'armateur, peut-on dire, est monté à bord, tandis que l'exercitor romain ne faisait pas partie de l'expédition. Ce fait est d'une importance capitale. Il est bien certain que la venue de l'armateur ne pouvait que porter atteinte aux pouvoirs du capitaine proprement dit : le « notxer nauclerus » n'a plus la puissance du « magister navis » romain. En réalité, ses fonctions s'intègrent dans la personnalité de l'armateur : le « notxer nauclerus » est bien plutôt un contre-maître qu'un capitaine (1). Toutefois, l'armateur est autre chose qu'un capitaine, autre chose qu'un « directeur nautique », pour employer l'expression de Wagner (2), l'armateur est le Seigneur du navire (Senyor de la nau, del leny, del leyn). Pardessus traduit par « patron » (3). L'armateur est plus qu'un capitaine, il est plus qu'un patron. Travers Twiss (4) l'appelle « managing owner » et Wagner (5) lui donne le nom de « korrespondentrheder ». Ce sont là des dénominations beaucoup plus exactes. Le Seigneur du navire n'est pas un armateur, mais le représentant d'un groupe d'armateurs : il reçoit

(1) Consulat, c. 17, 18, 47, 48, 181 et s.
(2) Wagner : Seerecht, I, p. 18.
(3) Consulat, c. 2, 3, 5, 10, 12, 15.
(4) Travers Twiss : Black book, p. 51 et s.
(5) Wagner : Seerecht, p. 23.

donc sa part de fret. Mais la physionomie du capitaine doit être davantage précisée. S'il est un capitaine, s'il est un armateur représentant un groupe d'armateurs, il est aussi le « commendatar » du navire et, à ce titre, le représentant des chargeurs. Le Seigneur du navire est entouré, pour exercer ses fonctions de capitaine, de plusieurs officiers de bord (1), ce qui est bien là la preuve que le « notxer nauclerus » n'est qu'un contremaître. Pour aussi grand qu'il puisse paraître, le Seigneur du navire n'est pas comparable au « magister navis » romain. Juridiquement le « magister navis » avait derrière lui l'« exercitor » ; mais, en fait, il était à bord le maître absolu. Le Seigneur du navire a beau réunir en sa personne trois qualités (capitaine, représentant des armateurs, représentant des chargeurs), il n'en est pas moins vrai qu'il a au-dessus de lui un personnage extrêmement important : l'écrivain du navire ou notaire de mer (2), mais encore l'équipage du navire (mariners), les chargeurs (mercaders) et les passagers pelegrins. Le peuple du navire cominal est constitué par les officiers du navire et l'équipage (V. par exemple : le Consulat, chap. 55). Pour être complet, nous devons signaler la présence à bord de quelques coafréteurs (personers, portionarii).

Ne peut-il à juste titre être l'objet de notre étonnement, ce Seigneur du navire? Ne semble-t-il pas que, par son appellation même, il ne dût avoir personne au-dessus de lui? La représentation n'implique pas d'ordi-

(1) Voir Consulat, c. 17, 56.

(2) Consulat : c. 12, 15. Voir, pour les fonctions si importantes du notaire de mer, Goldschmidt, Z. f. H., III, p. 346 et 349, et Handelsrecht, I, 2, p. 675.

naire une subordination, tout au contraire, elle renferme une idée de confiance, qui se manifeste juridiquement par une reddition de compte. Prenons le « magister navis » : placé à bord par ordre de l'« exercitor », il était à la tête de ses affaires tout à fait libre d'agir à sa guise et, pourtant, il n'était ni représentant de l'armateur, ni, fût-ce même de très loin, un Seigneur, ce n'était qu'un esclave ou un fils de famille dont la situation juridique ne valait guère mieux, en bien des circonstances. La preuve de la limitation des moyens d'action du Seigneur du navire ne peut laisser subsister le moindre doute. Il est dans l'obligation, pour tout acte susceptible d'entraîner sa responsabilité, de demander l'avis des chargeurs ou des officiers de poupe et, dans certains cas, celui de l'équipage (V. par exemple : Consulat, chap. 55). Ce qu'il faut dès maintenant remarquer, c'est que cet avis a une valeur juridique. Ce n'est plus, comme en droit romain, où le « magister navis », en présence des chargeurs quand ils étaient à bord, leur demandait conseil et le suivait si bon lui semblait. Ici, l'avis demandé a un but précis : celui d'obtenir un accord de volontés et le rôle du notaire de mer consiste précisément à donner une valeur juridique à cet accord. Tout accord n'est régulièrement obligatoire que s'il a été passé par écrit, hormis le cas de péril de mer, et que s'il a été conclu en présence de l'écrivain, excepté dans des cas exceptionnels (jet du navire, tempête). L'écrivain doit enregistrer l'accord toutes les fois que le navire a débarqué (1).

(1) Consulat, c. 67, 208, 209, 247, également c. 45, 50, 54, 56, 57, 237. Les Costums de Tortosa (liv. IX, c. 36; Oliver IV, p. 463) contiennent sur ce point les mêmes dispositions avec cependant quelques modifications. C'est ainsi que l'accord doit être transcrit ou fait directement sur le registre du bord (el cartoral del leyn).

Cet aperçu rapide de l'organisation interne va nous permettre d'estomper à l'aide de quelques textes la configuration générale du Consulat de la mer.

Section II

Configuration générale de l'institution

Cet accord de volontés, cette volonté commune, c'est la base même du devoir de contribution. Dès lors, le Seigneur du navire n'est qu'un instrument d'exécution de cette dernière. Sa volonté agissante, intégrant le risque de mer, est commissionnée par une pluralité de volontés ; elle n'est plus comme celle du « magister navis » isolée et, par suite, elle n'a certainement pas la même latitude, mais, par contre, cette tutelle n'est peut-être pas inutile : n'est-elle pas gardienne de tout arbitraire ? Dès lors, ce qu'il faut montrer, c'est la mise en œuvre de cette volonté commune.

A l'analyse, sa réalisation nous est apparue à trois moments différents. Alors qu'en droit romain le danger était l'unique et impérieux mobile, susceptible de commander à la volonté agissante, en droit catalan, hormis ce fait que sous une volonté il y a des volontés, le danger s'estompe très nettement au point de disparaître complètement et de ne plus être le mobile déterminant. C'est ainsi que nous sommes amené à distinguer : le péril imminent, la crainte du péril et, ce qui n'est peut-être pas une terminologie bien élégante, l'absence de péril. Pour faire bien saisir notre pensée, nous la rendons sous une autre forme ; deux alternatives : 1° il y a danger ; il est immédiat ou simplement possible ; 2° il

n'y a pas du tout de danger. En droit catalan, ces trois moments différents ou ces deux alternatives sont susceptibles de donner naissance au devoir de contribution. Ce qu'il est intéressant de constater, c'est que la mise en œuvre de cette volonté commune ne se réalise pas sous la même forme et que, par suite, elle n'entraîne pas les mêmes conséquences juridiques. Mettons-nous donc en face du péril, puis nous nous en écarterons.

§ 1. — En face du péril

1. — Nous examinons tout d'abord le premier degré : la simple possibilité de perte. Ce cas est caractérisé par l'hypothèse du jet (1). Une tempête s'élève, le Seigneur du navire voit qu'il y a péril et possibilité de perte. Son devoir est de faire une déclaration à tous les marchands par laquelle il leur représente le danger encouru et leur demande l'autorisation d'alléger le navire afin de sauver « avec la volonté de Dieu les personnes et une grande partie de marchandises ». Il faut noter que cette déclaration doit être faite en présence du contremaître et de tous ceux qui seront à bord. Le jet ne pourra être fait que lorsque tous les marchands ou la plupart d'entre eux se seront accordés. Mais le Seigneur du navire n'est pas autorisé, dès ce moment, à opérer de lui-même, il est nécessaire que les marchands ou tout au moins l'un d'entre eux aient commencé à jeter quelque chose. Dès lors, le Seigneur du navire « peut jeter ou faire jeter jusqu'à ce qu'on soit hors de péril ». Il est important de signaler que cet accord donne naissance à une convention et que, par suite, il revêt nettement un caractère contractuel. Si les marchands ou l'un d'entre eux a pu

(1) Consulat, c. 54.

jeter, si le Seigneur du navire a pu continuer ou faire continuer l'opération, c'est parce qu'une convention, une « convinença » est rédigée immédiatement par l'écrivain, ou, s'il ne peut le faire, à cause de la proximité même du péril, le témoignage des matelots remplacera provisoirement la rédaction matérielle.

Mais il peut arriver qu'il n'y ait pas de marchands à bord. Que faire ? Le Seigneur du navire peut et doit agir pour les marchands (lo Senyor de la nau deu e pot esser mercader). Cela ne veut pas dire que dans cette hypothèse, il ait toute liberté d'action. Pour qu'il puisse procéder au jet, il faut qu'il s'accorde avec le contremaître, les actionnaires et tout l'équipage du navire. Cet accord n'a aucune force obligatoire s'il n'est matérialisé dans une convention. C'est ce qui est précisé formellement dans le chap. 66 intitulé. « Du jet fait en l'absence des marchands. » L'hypothèse est un peu différente de celle qui nous occupe : il s'agit d'un navire à l'ancre lorsque arrivent brusquement les bâtiments armés de l'ennemi ou une tempête subite. Mais l'intitulé même de ce chapitre nous autorise à généraliser ces solutions : il faut, pour que l'accord soit valable, que l'écrivain ait soin d'écrire l'accord intervenu. Le chapitre 66 est très intéressant. Il est le complément nécessaire du chap. 54. Sous la menace des bâtiments armés ou par l'effet d'une tempête, le Seigneur du navire est obligé de lever l'ancre, laissant à terre tous les marchands. La situation du Seigneur du navire est décrite avec précision : ou bien il reconnaît la nécessité de faire jet, ou bien il n'a plus son libre arbitre : la crainte des bâtiments armés ou la violence de la tempête lui font faire jet. Le Seigneur du navire doit être assez maître de lui pour délibérer avec tout l'équipage.

« En que aquesta guisa, emperò, que ço cll faça que ho faça ab consell è ab voluntat de tot lo cominal de la nau ò del leny, è aytambé l'escriva que pens de scriure totes les convinences que s'empendran en presença de tot lo cominal. »

« Le jet fait dans quelqu'une de ces circonstances vaut de même que si tous les marchands avaient été sur le navire, pourvu cependant que tout ce que le Seigneur du navire fera, il le fasse avec le conseil et la volonté de tout le peuple du navire, et aussi que l'écrivain ait soin d'écrire la délibération prise en présence de l'équipage. »

Ce passage à lui seul résume et précise. L'accord de volontés est la résultat d'une délibération entre le Seigneur du navire et la plupart des marchands s'ils sont à bord ; en leur absence, entre le Seigneur du navire et tout le peuple du navire. Ainsi donc, dans le premier cas la majorité suffit, tandis que dans le second l'unanimité est nécessaire. Cette réglementation s'explique par la différence même des situations : il est tout naturel qu'en l'absence des propriétaires des marchandises l'on se montre plus rigoureux. D'ailleurs, de toute manière cet accord, quel qu'il soit, ne saurait avoir une valeur juridique, s'il n'est matérialisé dans une convention « convinença » par l'écrivain. Cette convention habilite et le Seigneur du navire, et les marchands s'ils sont à bord, et le Seigneur du navire seul, s'ils n'y sont pas. Alors que, en présence des marchands, l'application par le capitaine de la décision intervenue régulièrement et selon les formes était subordonnée à un commencement d'exécution de la part des marchands, en leur absence, le Seigneur du navire, dès que l'accord a acquis force probante par sa rédaction, a immédiatement, dans les limites prévues, toute initiative. Cette convention n'a

pas seulement pour effet juridique d'habiliter, mais encore et surtout de poser automatiquement, sans qu'il soit besoin de spécification particulière dans l'accord intervenu, les bases légales de la contribution. Alors qu'en droit romain il fallait un mécanisme fictif d'actions, pour arriver à mettre en jeu un devoir de contribution, en droit catalan un lien d'interdépendance résulte impérieusement de ce seul fait qu'une convention a été passée. Nous n'avons pas à nous préoccuper de la question de savoir si une minorité récalcitrante se refuse à collaborer à une mesure décidée par la majorité. Peu nous importe, la vertu spécifique de la convention a pour effet de mettre à la raison cette minorité et de la contraindre, qu'elle le veuille ou non, à contribuer sur le même pied que la majorité ; autrement dit, la majorité impose sa loi à la minorité. Mais, dira-t-on, en l'absence des marchands, c'est la loi de l'unanimité qui est la règle? Certes, nous avons déjà expliqué pourquoi cette dérogation ; mais n'y a-t-il pas une autre raison? N'est-ce pas là la consécration d'un état de fait ? Il ne faut pas oublier que le Seigneur du navire est capitaine et que, dès lors, il a sous ses ordres directs le peuple du navire ; par suite, n'est-il pas vrai de dire que l'unanimité est assurée? Pourquoi donc aller à l'encontre de la réalité, en n'exigeant que la majorité, alors qu'il est certain, en fait, que l'unanimité sera toujours atteinte dans cette hypothèse? Le droit catalan ne l'a pas voulu : soucieux avant tout des réalités pratiques, il a consacré par un texte une réalité, ce que bien de nos législations modernes n'osent faire bien souvent, aux risques même de paraître se contredire. Mais la contradiction n'existe pas, l'unanimité requise n'est pas autre chose qu'une majorité assurée.

Nous n'alléguons rien que nous ne prouvions. Le ch. 66 parlant du jet fait en l'absence des marchands, spécifie :

« Si lo Senyor de la nau ò del leny haurá feta ab consell de tots aquells qui desus son dits è ab lur sabuda è ab lur voluntat ; tota convinença ò empreniment que l'senyor de la nau ò del leny haurá feta ab tots aquells qui desus son dits è en aquella guisa è en aquella manera que desus es dita, mercader negu ne altre algu no y pot metre contrast. »

« Le patron agissant ou ayant agi de la manière ci-dessus par le conseil de tous les susnommés et avec leur connaissement et agrément, toute convention ou tout accord qu'il aura fait avec eux et de la manière ci-dessus ne pourra être contesté par aucun marchand ni par quelque autre. »

La question ne se pose même pas si la délibération a été prise par les marchands présents. D'ailleurs, rien de plus aisé que d'en justifier par le quantum même de la contribution. La convention passée entre le Seigneur du navire et les marchands, entre le Seigneur du navire et le peuple du navire, oblige, avec la même force, les marchands. Ils sont tenus dans les deux cas de contribuer par sou et par livre proportionnellement aux marchandises jetées. C'est le chapitre 54 qui nous le dit à propos du jet fait en l'absence des marchands :

« E aquell jet deuse pagar per sou è per liura è per besant, segons que la roba será gitada. » « Ce jet doit être payé par sou et par livre ou par besant, selon qu'il y aura de marchandises jetées. » — C'est le c. 67 : « De la manière de payer les avaries », qui le spécifie d'une façon générale. Une convention est faite : dans ce cas, une marchandise doit répondre pour l'autre par sou

et par livre et par besant (1) ; mais ce qui est essentiel à relever, c'est que le Seigneur du navire ne contribue pas par sou et par livre : il contribue dans ces deux hypothèses pour ce que vaudra la moitié du navire. Vraiment, le droit catalan n'est-il pas fait pour nous étonner ? Voilà un co-contractant, le Seigneur du navire, qui jouit d'une faveur, alors qu'elle n'a été nullement spécifiée dans l'accord, mais qui résulte automatiquement de la convention intervenue. N'est-ce pas contraire à tous nos principes ? Et l'égalité des parties contractantes ? Certes, un esprit moderne — ou qui du moins croit l'être — ne manquerait pas de crier à l'injustice. La seule et l'on est presque tenté de dire l'unique figure de notre droit est, en effet, bâtie sur ce prototype perfectionné de l'époque romaine du « do ut des ». Disons-le tout de suite, il faut se garder d'être un moderne pour comprendre le Consulat, nous aurons l'occasion de nous expliquer dans un instant. Nous ne voudrions certainement pas induire nos lecteurs en erreur et leur faire accroire que l'état de subordination du Seigneur du navire est tel qu'il n'ait aucune espèce d'initiative. Ce n'est certainement pas dans l'intention de paralyser l'action du Seigneur du navire que le Consulat a échafaudé toute cette construction juridique. La meilleure des preuves nous est fournie par les c. 185 et 186.

Le c. 185 envisage l'hypothèse « du rachat ou convention semblable avec un navire armé ». Le Seigneur du navire, qu'il soit en haute mer, dans un port ou partout ailleurs, « peut parler et faire convention avec les comites et avec l'amiral pour la quantité d'argent à don-

(1) En aytal cas deu fer la una roba è l'altra per sou e per liura ò per besant.

ner afin qu'il ne fasse aucun mal ni à lui ni à rien de ce qu'il porte à bord » (1). Mais, de même qu'en cas de jet, le Seigneur du navire déclarait aux marchands le péril qui les menaçait; de même, dans cette hypothèse, « il doit leur déclarer la convention qu'il veut faire ou aura faite » (2). De même qu'en cas de jet les marchands devaient s'accorder sur la proposition qui leur était faite, de même les marchands devront s'accorder pour payer la rançon dont le Seigneur du navire sera convenue » (3). Les résultats juridiques sont identiquement les mêmes au point de vue de la contribution que celles du jet : « Cette rançon doit être payée par toutes les marchandises en commun, par sou et par livre ou par besant et le patron doit y contribuer pour moitié de ce que vaudra la valeur du navire » (4). Des solutions identiques au jet sont répétées en ce qui concerne les formalités à accomplir, dans l'hypothèse où les marchands sont absents du bord. Le chapitre 186 : « Du rachat ou des accommodements avec des bâtiments armés de l'ennemi » ne laisse aucun doute sur la portée de ce rapport fait par le Seigneur du navire aux marchands. S'il est obligé d'instruire les marchands des conventions faites ou à faire (ell es tengut que l's ho deu fer asaber), s'il est obligé

---

(1) Pot parlar e fer avinença ab los comits e ab lo almirall per quantitat de moneda, perço que ells no fassen mal à ell ne à res de la nau.

(2) Ell los deu dir lo pati que fara, ò haura fet ab ells.

(3) Deuen se acordar è pagar aquella remsó, la qual lo senyor de la nau o leny haura empresa ab los comits e ab l'almirall d'aquella armada.

(4) Et lo senyor de la nau deu hi metre per la meytat de aço que valra la nau ò leny.

d'agir en leur absence, avec le conseil de tout le peuple du navire (ab consell de tot lo cominal de la nau), ce n'est pas pour s'acquitter d'une simple obligation morale, dénuée de toute force contraignante dans le domaine des faits, c'est parce que cette obligation a une valeur légale, qu'elle comporte une sanction juridique. En effet, la convention qu'il aura fait ou fait faire sans avoir consulté les marchands, alors qu'il était dans un lieu où il le pouvait, ne les engage point et ils ne sont obligés à contribuer en rien (1).

II. — Après avoir étudié la simple possibilité de péril, en ce sens que le péril n'était pas tel qu'il ne fût pas impossible d'y échapper, nous allons le rendre tellement immédiat qu'il soit totalement impossible de s'y soustraire. Le chapitre capital en la matière est le chapitre 150 : « Du navire qui, par mauvais temps ou autre accident échoue à terre ». Le mauvais temps ou tout autre cause ont contraint le navire à échouer à terre. Tout comme pour le jet, le Seigneur doit faire une déclaration aux marchands en présence du contremaître et des matelots. Mais tandis que, par la déclaration de jet, le Seigneur du navire demandait aux marchands de vouloir bien faire jet afin d'éviter un « grand péril » (la perte des personnes et des marchandises), ici, tout au contraire, le Seigneur du navire fait savoir aux marchands qu'on ne peut pas éviter d'échouer à terre (no n's podem ascondir que no haiam a ferir en terra) et, donnant son

(1) Aquell pati que ell los haura fet ò fet fer, è no haura demanats los mercaders, pus que ells fossen en aquell loch, que ell fer ho pogues, à aquell pati aytal que ell haura fet, los mercaders no son tenguts de res a metre.

avis, il propose que le navire répondît des marchandises et celles-ci du navire (que la nau anas sobre los havers, e los havers sobre la nau). Que font les marchands ? Ce qu'ils faisaient pour le cas de jet : ils délibèrent et s'accordent à la majorité. Mais les marchands doivent faire attention à la décision qu'ils prendront. S'ils acceptent purement et simplement la proposition du Seigneur du navire, le dommage causé par l'échouement ou tout autre désastre que le navire souffrira, sera supporté par les marchandises et le Seigneur du navire ne doit point contribuer (1). Pour aussi surprenant que cela puisse paraître, cette exonération s'explique très bien. Le Seigneur du navire n'a fait qu'une proposition, il n'est nullement engagé par cette dernière. Si, au cas de jet, il l'était, c'est parce qu'il disait aux marchands : « Voulez-vous que nous jetions ?» Par cela même il indiquait qu'il jetterait, qu'il aurait déjà jeté, s'il n'était obligé de demander leur avis. Son acceptation même était impliquée dans la formule de sa déclaration. Quelle est donc la précaution que les marchands devront prendre pour que le Seigneur du navire ait à contribuer ? Ils devront lui demander d'« agermaner » le navire aux marchandises (agermanara la nau ab l'aver).

Pour l'instant, nous n'expliquons pas cette expression et nous nous excusons d'avoir, par une traduction littérale du texte, créé un néologisme. Si le Seigneur du navire ne contribue pas, c'est précisément parce que le navire n'a pas été « agermané » avec les marchandises et que les marchands y ont consenti (2). Puisque la décla-

(1) Tot lo dan que la nau pendra li deu esmenar aquell haver que s'salvara ; aquell senyor de la nau no y es tengut de res à metre.

(2) Perço car la nau s' sera agermanada ab l'aver, è perço car los mercaders lo y hauran otorgat.

ration du Seigneur du navire ne stipule pas qu'il « agermanera » le navire aux marchandises, bien évidemment, les marchands qui acceptent cette proposition ne sauraient l'obliger à contribuer, puisqu'il ne s'y est pas engagé. Mais ils ont incontestablement le droit de l'y contraindre ; les marchands déclarent au patron que les choses sauvées devront répondre de celles qui seront perdues (1). Certes, il ne peut pas y avoir de mise en demeure plus énergique ; mais, au point de vue juridique, ce n'est là qu'une contre-proposition nette à la proposition quelque peu vague du Seigneur du navire, qui ne saurait avoir par elle-même aucune force contraignante et entraîner des conséquences de droit. Il faut nécessairement un accord de volontés et ici, comme toujours, c'est la loi de la majorité qui l'emporte. Il est donc nécessaire que le Seigneur du navire avec les marchands ou la majorité consentent (o lo senyor de la nau e los mercaders ho otorgan, tots o la maior partida). On ne peut pas être plus précis : la voix du Seigneur du navire ne compte que pour une dans la délibération. Si donc ce dernier n'acquiesce pas à la contre-proposition faite et que la majorité l'ait acceptée, le voilà donc contraint, malgré sa volonté, d'« agermaner » le navire aux marchandises.

Comment dans cette hypothèse s'établira la contribution du navire ? Ce navire doit être évalué au prix qu'il valait avant l'échouement (2), estimation faite entre les marchands à qui appartiendront les marchandises

(1) Los mercaders dien è manifesten al senyor de la nau que l's havers perduts façen à aquells qui restauran.

(2) Aquella nau o leny aqui aquest cas o questa ventura sera esdevenguda.

sauvées et le Seigneur du navire s'ils peuvent tomber d'accord. Sinon, le soin de les départager est confié à deux hommes probes, sachant et connaissant bien l'art de la mer. Trois hypothèses peuvent se présenter : ou le navire est brisé, ou il ne l'est pas, mais, tout en ne l'étant pas, souffre quelque dommage, ou sauvé il est brisé : les marchandises sauvées paieront au patron tout le prix d'estimation du navire, convenu ou arbitré, déduction faite de tous apparaux et instruments identiques qui auront pu être sauvés du navire. S'il n'est pas brisé mais qu'il éprouve quelque dommage, le Seigneur du navire est obligé de participer par sou et par livre pour toute la valeur à laquelle sera estimé ce navire, de même que les marchandises sauvées, et à toutes les dépenses qu'entraînera la réparation de ce dommage (1). Si, au contraire, le navire est indemne, mais qu'il y ait des marchandises endommagées, le prix des choses perdues doit être réparti sur celles restées par sou et par livre, et le Seigneur du navire doit contribuer aux pertes pour tout le prix qu'il aura reçu pour l'estimation du navire par sou et par livre, de même que le feront les autres choses sauvées (2).

Si nous faisons abstraction des particularités techniques pour ne considérer que l'ensemble, nous constatons immédiatement qu'il n'est pas question, comme au cas de jet, de « convinença, escriva, messio, empress », c'est-à-

---

(1) Per tot aquell preu que la nau o leny sera preat, per sou à per liura, è en tota la messio que costara aquell consentiment ò aquell dan, que la nau o leny haura près.

(2) E lo senyor de la nau es hi tengut de metre tot lo preu que haura hagut, en esmena de la nau, al haver perdut, axi com fara l'aver restaurat per sou è per liura.

dire d'une rédaction matérielle de l'accord intervenu. Le chap. 152 : « Du déchargement fait, partie avec beau temps, partie avec tempête », met bien en relief cette nuance de conception. Un navire arrive au port de débarquement avec beau temps et décharge ce jour-là une quantité de marchandises à bon marché. Pendant la nuit survient une tempête telle que, le lendemain matin, il en coûte pour décharger plus de la moitié ou des deux tiers qu'il n'en a coûté le jour où le navire avait commencé à décharger (1). Bien évidemment, il n'était pas possible de prévoir le péril qui a surgi : sa soudaineté même excluait toute prévision. Nous sommes donc bien dans le deuxième stade de la notion de péril. Mais, si les marchands ne sont pas des prophètes, ils peuvent être des hommes prévoyants, ils peuvent avoir fait entre eux la convention que les marchandises des uns aideraient les marchandises des autres (convinença que la una roba aïudas a l'altra) c'est-à-dire que les marchandises déchargées à bon marché indemniseront celles qui l'ont été à plus haut prix.

Que doit-on conclure ? C'est que, s'il est possible de rédiger une « convinença » antérieurement à tout danger et même s'il est encore possible de la faire sous le coup d'une simple possibilité de perte, il n'est pas dans les forces humaines de pouvoir rédiger une convention lorsque le péril est tellement immédiat qu'on ne peut y échapper. Mais l'engagement résultant de l'accord de volontés n'en fera pas moins l'objet d'une « convinença »,

---

(1) S'temporal, è en lo sendema costaran de descarregar mes la meytat ò les dues parts que no fahia lo iorn que ell comença a descarregar.

par l'écrivain, lorsque le navire aura câblé à terre (1). L'accord de volonté à l'état nu garde toute sa force, pourvu qu'il soit matérialisé au plus tôt dans une « convinença », car c'est un privilège du navire, nous dit le chap. 65, que si les marchands promettent de l'indemniser en quelque chose, ils ne doivent tenir cet engagement, écrit ou non, qu'à la condition que l'écrivain soit présent et l'ait entendu (2).

Le chap. 152 nous permet de revenir, pour le préciser, au fait d'« agermaner » le navire et les marchandises. C'est un droit exclusif qui appartient au Seigneur du navire ; mais nous avons vu qu'il pouvait y être contraint par la majorité des marchands. Et ce pouvoir est tellement personnel que, s'il n'y a aucun marchand à bord et que le Seigneur du navire « agermane » le navire avec les marchandises, il doit le faire d'après l'avis de tout le peuple du navire ou du plus grand nombre (ab consell de tot lo cominal de la nau o de la maior partida). Cet avis a la valeur d'un acquiescement contractuel à tel point que, si le Seigneur du navire n'a pas pris soin de le prendre, ce qu'il aura fait ne doit avoir aucune force (no deu haver valor). Le Seigneur du navire a donc, en l'absence des marchands, la possibilité d'agir ou de ne pas agir, mais il faut que le parti qu'il aura pris soit approuvé (que sia tengut per ferm) par le peuple lui-même, afin d'entraîner la contribution proportionnelle du navire et des marchandises aux pertes éprouvées.

---

(1) Chap. 67 : è l'escriva deu ho scriure quant la nau tendra prois en terra.

(2) Que si los mercaders li prometen res de esmenar, es mester que li u attenguen, iat sia no sia scrit, sol que l'escriva hi sia o que u oia.

C'est bien là, en effet, la caractéristique de la contribution au cas de péril immédiat, à la condition que le Seigneur du navire ait « agermané ». Le navire et les marchandises contribuent proportionnellement, tandis que, au cas de simple possibilité de péril, dans l'hypothèse du jet par exemple, le navire contribue pour la moitié de sa valeur. Il n'y a donc pas là une simple différence de terminologie, mais de droit, que nous expliquerons lorsque nous étudierons le fondement juridique de l'institution.

Dès à présent la physionomie de la contribution particulière résultant du fait d'« agermaner » le navire et les marchandises ne serait certainement pas exacte, si nous ne marquions nettement que cet accord peut être pris avant comme pendant le péril. Cette hypothèse est nettement envisagée au chap. 187 : « Des marchandises prises par les ennemis ». De même que les marchands ont pu convenir entre eux, dans la prévision d'un péril tellement immédiat qu'il pourrait les surprendre, que les marchandises des uns aideront celles des autres, de même et dans les mêmes conditions, ils ont le droit, nous le savons, d'y comprendre, qu'il le veuille ou non, le Seigneur du navire. Ce dernier fait ou est obligé de faire ce qu'il ferait ou serait obligé de faire en face du péril même : il « agermane » le navire et les marchandises. Dès lors ce ne sera pas seulement les marchandises des uns qui aideront celle des autres, ce sera aussi le navire qui aidera et les unes et les autres, de même que ces dernières l'aideront réciproquement.

« Si los mercaders, qui aquella roba, hauran mesa en aquella dita nau ò leny ; si ell la agermanaran, ò si los dits mercaders eren en aquella nau ò leny, è quant hagueren vista d'aquells lenys armats la agermanaran,

que si algun cas los esdevenia que la una roba fes à l'altra ; si lo agermanament desus dit sera fet, aquella roba que restaurada sera, deu esser comptada ab aquella que sera perduda per sou è per liura. »

« Si les marchands par qui les effets ont été mis sur le navire se sont accordés pour que l'« agermanar » fût fait, ou si ces marchands étant sur le navire, et à la vue des bâtiments armés de l'ennemi, ont fait la convention, suivie d'« agermanar », qu'au cas où quelque malheur arriverait, tous les effets répondraient les uns pour les autres, dans ce cas les effets sauvés doivent être comptés avec ceux qui seront perdus par sou et par livre. »

Nous devons ici attirer l'attention du lecteur sur la terminologie. Tandis que, dans le cas de possibilité de péril, l'accord, résultat d'une délibération, n'avait pas d'appellation technique, ici il prend le nom d' « agermanament ». Cet « agermanament » engendre un acte : l'acte d'« agermanar » (le fait par le Seigneur du navire d'« agermaner » le navire avec les marchandises), de telle sorte que, lorsque ces deux éléments sont réunis, l'on peut dire en généralisant que les marchands ont agermané (ell la agermanaran), mais cette expression est mauvaise et le Consulat a tort de l'employer, car elle pourrait laisser croire que les marchands agermanent. Ce qu'il faut dire c'est que les marchands font un « agermanament » et le Seigneur du navire fait ou doit faire l'acte d'« agermanar », si bien que, pour la facilité de l'expression, nous désignerons ces deux opérations juridiques sous l'épithète commune d'« agermanament ».

Quelle est donc la portée de cet « agermanament » ? Le Consulat, qui est un droit fort nuancé, envisage, dans ce même chapitre 187, trois hypothèses afin de mieux

faire ressortir, dans les modalités d'application, la valeur juridique d'une institution originale. La piraterie était chose si fréquente, que l'on n'était pas sûr de n'avoir à bord rien que des amis. Au cours du voyage, on est abordé par un corsaire qui prend une partie de la cargaison. Si le Seigneur du navire et les chargeurs sont d'un pays en guerre avec les pirates, le corps du navire sauvé contribuera, par sou et par livre, avec les marchandises perdues et celles qui ont été sauvées (1). Le fret sera dû d'après cette répartition. Si le Seigneur du navire est un ennemi, le corps du navire contribuera par sou et par livre, avec les marchandises perdues. Le fret n'est dû que pour les marchandises sauvées (2). Si, dans l'hypothèse inverse, ce sont les marchands qui soient ennemis, le corps du navire doit contribuer à l'indemnité des marchandises perdues, et le fret doit aussi être compté par sou et par livre, de même que le corps du navire, les marchandises restées et les marchandises perdues (3).

§ 2. — **En dehors de tous périls**

Si l'on veut comprendre le Consulat, on ne doit jamais perdre de vue cette idée essentielle que le Seigneur du

---

(1) Lo cors d'aquella nau o d'aquell leny qui restaurat ò romas sera, deu esser comptat per sou è per liura ab aquella roba que perduda sera è ab aquella que sera restaurada.

(2) E los dits mercaders no sien tenguts de pagar nolit sino de la roba que romasa los sera.

(3) Lo cors de la nau o leny sia tengut de metre per sou è per liura a esmenar aquella roba que perduda sera; è lo nolit sia aytambe comptat per sou è per liura, axi be com lo cors de la nau o del leny, è axi be à la roba restaurada com à la perduda.

navire ne peut agir que par la volonté commune. Le droit à une réparation quelconque ne peut être légitimement fondé que s'il est prouvé que la volonté agissante du Seigneur du navire a été commissionnée par une pluralité de volontés. Et ce n'est pas seulement lorsqu'il s'agit de l'intégration d'un risque de mer à l'effet d'en répartir les éventualités, selon une proportion déterminée, variable avec la force coercitive du péril à éviter, que la contribution a son fondement juridique dans un accord de volontés, mais encore lorsqu'un acte quelconque est susceptible d'entraîner quelques dommages. C'est ainsi que, pour l'entrée dans un port, hypothèse prévue par le chap. 56, le patron ne peut et ne doit y entrer sans le consentement des marchands (1). Et pourquoi cela? Ce n'est pas pour subordonner le Seigneur du navire aux marchands, mais parce que, s'il agissait à l'encontre de ces derniers, aucun recours contributif ne saurait être établi puisqu'il n'y a pas de convention, et le Consulat a soin de nous répéter que l'écrivain doit la constater, que le navire soit ou non amarré (2). A défaut de cette dernière, la conséquence juridique sera que le Seigneur du navire qui occasionne un dommage en devra la réparation intégrale. Il peut se faire cependant que le Seigneur du navire ait besoin de relâcher pour charger quelques agrès, réparer ou caréner son navire; alors le marchand doit souffrir qu'on entre dans un port, pourvu que le contremaître et les matelots affirment par

(1) Lo senyor de la nau o del leny no pot ne deu entrar, sens voluntat des mercaders, en port.

(2) E aço deu scriure l'escriva, iat sia, no sia la nau ab proys en terra.

serment qu'ils le connaissent (1). Mais, il faut bien le remarquer, il n'y a là, de la part des marchands, qu'une permission qu'ils ne peuvent pas refuser de donner, mais non un consentement quelconque au sens juridique du terme, susceptible d'entraîner une contribution de leur part ; à tel point que, si le peuple du navire ne se porte pas garant de la sûreté du refuge, les marchands peuvent s'y opposer formellement, à charge par eux d'en subir toutes les conséquences de droit, si leur refus irraisonné ne s'appuie que sur la crainte chimérique de pirates inexistants. Ces solutions sont nettement confirmées par le chap. 64 : « Des ancres ou agrès abandonnés après dénonciation aux marchands ». Si les marchands donnent au Seigneur du navire l'ordre de jeter l'ancre sur une côte, dans un port ou un autre lieu, où il peut craindre de la perdre, il est en droit de s'y refuser, car un pareil ordre, fut-il même donné à l'unanimité, ne saurait avoir par lui-même aucune force et valeur juridiques, parce qu'il n'émane pas du « consentement et accord des marchands » (ab voluntat è ab acort dels mercaders) et nous savons ce que cela signifie. Dès l'instant qu'une délibération régulière n'a pas été prise, que le Seigneur du navire n'y a pas participé, la majorité ne saurait juridiquement imposer sa volonté à la minorité : cette dernière, à juste titre, a le droit de refuser d'obtempérer. Mais, bien évidemment, le Seigneur du navire peut exécuter, s'il le croit bon, un ordre donné. Quelle sera la conséquence de cette exécution volontaire ? Aucune, en ce qui concerne la contribution du Seigneur du

(1) E lavors lo mercader deu entrar al port, ab que lo notxer per son sagrament e l's mariners hi sapien.

navire : il n'a pas à contribuer, puisqu'il n'y a pas eu délibération régulière.

« Si le navire abandonne ses ancres, en quelque rade ou autre lieu où ils auront ancrés, et cela par ordre des marchands, ces objets doivent être payés en commun par toutes les marchandises du bord, et le corps du navire ne doit rien payer. » (Si nau o leny lexara ancores en sparagol, o en altre loch on les hauran surtes, è les lexar à ab voluntat del's mercaders, sien pagades communalment per tota la roba de la nau, e l'cors de la nau no y pagres.)

Il en serait tout autrement si, dans la crainte des bâtiments, une « convinença » était intervenue. Dans cette hypothèse, selon la règle, ces objets doivent être payés en commun par toutes les marchandises et le navire, pour moitié de ce qu'il vaudra (1).

---

(1) E si les iaquira per por de leny armat, sien pagades de comu de tot l'avér, è la nau deu hi metre per la meytat d'aço que valra.

CHAPITRE III

Fondement juridique

De cet ensemble que nous présente le Consulat, il est à retenir que la délibération est érigée à l'égal d'une institution juridique. C'est elle qui, sous des modalités contractuelles, fonde la contribution. Par cela même, le critérium de Goldschmidt se trouve justifié : la délibération dans le droit catalan est un acte de contrat formel. Mais, si l'élément générateur d'une obligation doit nous intéresser, sa preuve n'en doit pas moins faire l'objet de nos préoccupations. Il est évident que, si la délibération est un acte de contrat formel, elle est aussi un acte de preuve formelle. Les deux points de vue ne sont pas dissociables dans le Consulat. D'ailleurs, Goldschmidt avait pris soin de nous mettre en garde : la démarcation n'est pas toujours facile, nous disait-il, car il est naturel que la preuve même de l'acte emprunte quelque chose au contrat dont elle est issue. Et nous verrons, par la suite, la désagrégation se faire : l'institution de la délibération, par la copénétration dans le Consulat même de l'influence romaine, ne restera plus qu'un acte de preuve formelle, jusqu'à ce que le droit romain, cou-

ronnant sa victoire, l'ait traînée à sa suite, lui laissant à peine la valeur d'une simple règle d'utilité générale.

Si le droit romain est arrivé à un moment donné à s'immiscer dans le Consulat même, c'est que ces deux droits coexistaient antérieurement l'un à côté de l'autre. La rencontre n'a donc pas été brutale : les deux conceptions antagonistes ne se sont pas immédiatement livré bataille. Les traditions de Rome se sont perpétué inconsciemment dans les œuvres de ses juristes, tant il est vrai que l'esprit d'une nation ne meurt pas. Rome n'asservissait que lorsqu'elle n'avait pu vaincre par la persuasion. Le droit catalan ne comprit pas le droit romain. Le droit romain s'imposera au droit catalan, en le dissociant d'abord et en l'asservissant ensuite. Le Consulat pouvait, en apparence, éprouver une certaine affinité pour la « lex Rhodia de jactu »; ne se présentait-elle pas à lui sous l'enveloppe contractuelle ? Somme toute, le contrat à lui seul n'est-il pas figuratif de deux périodes de l'histoire : périodes de concentration et de dissociation ? Certes, dans une période de concentration telle que l'époque romaine, la seule figure juridique des relations entre parties, c'est le contrat, tandis que, dans une période de dissociation telle que l'époque médiévale, existent à côté du contrat d'autres concepts figuratifs de nos activités. Ce qui était un tout n'est plus qu'une unité. Or, il s'est produit ceci, c'est que, par le fait même des perturbations politiques, l'esprit médiéval éprouvait dans le domaine juridique l'impérieux besoin de matérialiser les accords entre parties par le contrat. Les accords intervenus empruntèrent au contrat ses vertus spécifiques : force contraignante et force probante. Ainsi donc, les deux droits, bien que de fondement tout à fait différent, n'en présentent pas moins, au point de vue

externe, une similitude de situation. De même qu'en droit romain les « actiones locati conducti » n'étaient que des moyens, de même en droit catalan le contrat n'est utilisé que comme une mise en œuvre. Mais, alors que les jurisconsultes romains avaient moulé dans un type donné : la « locatio conductio operarum », répondant aux conceptions novatrices de l'Ecole servienne, une institution originale, qu'ils n'ont fait que transposer, les juristes catalans se sont bien gardés de spécifier le moule contractuel. Restant dans la généralité de leur figuration, ils sont arrivés au résultat qu'ils voulaient obtenir, tandis que les Romains, par leur spécification même, sous des préoccupations nettement individualistes, ont faussé d'abord une institution qui ne leur appartenait pas, et commis ensuite un véritable paradoxe juridique : assignant pour fondement aux avaries communes la « metus » ils ont rendu responsable le « magister navis », qui agissait sous l'empire de cette dernière.

Le Consulat de la mer ne pouvait donc que repousser la « lex Rhodia de jactu », dont les solutions ne cadraient pas avec les conceptions d'une époque dont il est le reflet. Certes, juridiquement, la construction du droit catalan peut présenter un état de régression par rapport au droit romain, qui, peut-être, n'a pas été étranger à son échafaudage. Il est certain que, par la généralité même du moule adopté, l'esprit formaliste du moyen âge s'est amusé à plaisir dans la rédaction d'une multiplicité de conventions dans un but fort louable de concrétisation. Mais la forme n'est pas le fond. De même que l'on s'est mépris sur la nature des avaries romaines en leur assignant un caractère contractuel, de même on se méprendra — et cette méprise sera d'autant plus difficile à combattre que la construction du Consulat ne présente pas

de défauts tels qu'elle soit susceptible de la relever — sur le fondement juridique des avaries catalanes.

Faisant abstraction des particularités contractuelles, rejetant de côté l'institution de la délibération, il faut creuser davantage : ce que nous trouvons, c'est un accord de volontés. Ce que nous devons immédiatement remarquer, c'est que cet accord porte une appellation technique : l' « agermanament ». Certes, cette terminologie n'est pas uniformément employée dans le Consulat, mais Goldschmidt estime, et nous croyons qu'il a raison, bien que nous formulions dès à présent des réserves sur les modalités d'application, que si ce vocable n'est employé qu'en face d'un péril, tellement immédiat qu'il n'était possible ni de le prévoir, ni de l'éviter, il peut être étendu sans inconvénient au cas où il s'agissait d'une simple possibilité de péril, mais même en dehors de tout péril, car il faut bien se rendre compte que le Consulat, composé à des époques différentes, n'a été assemblé que tardivement en une compilation. Dès lors, nous sommes dans cette alternative : le Consulat a ou n'a pas été remanié. Dans le doute, le sage nous conseillerait de nous abstenir, mais nous préférons prendre parti ; il y a de fortes présomptions pour croire que le Consulat a subi des remaniements. Donc, s'il a été remanié — et nous démontrerons qu'il l'a été tout au moins d'une façon indubitable pour une infime de ses parties mais qui présentera pour nous une importance capitale, — nous sommes légitimement fondé à faire droit aux suggestions de Goldschmidt. Mais un point nous divise : tandis que Goldschmidt pense que ce n'est pas seulement une identification de terminologie que l'on doit faire, mais encore une identification que l'on doit voir, au point de vue du fond même du droit, entre les trois stades de la notion de péril

que nous avons dissociés, nous nous permettrons de faire remarquer qu'il y a quelque chose de plus dans un « agermanament » parfait (c'est-à-dire dans le cas de péril imminent), c'est un « agermanar ». Si nous admettons parfaitement qu'une identification de terminologie peut être faite entre les différents accords qui sont à la base de la contribution, nous ne croyons pas qu'une assimilation absolue puisse être affirmée, car la différence au point de vue du quantum contributif est notable. Si le Seigneur du navire n'a pas fait l'acte d' « agermanar », ou il ne contribue pas parce que devant le faire il ne l'a pas fait, la majorité ne le lui ayant pas imposé, — ou il contribue forfaitairement pour la moitié de la valeur de son navire pour le cas où l'hypothèse envisagée ne comporte pas un acte d' « agermanar ». Tout au contraire, si l' « agermanament » renferme un acte d' « agermanar », le Seigneur du navire sera appelé à la contribution, non plus pour une valeur forfaitaire, mais bien par sou et par livre, sur un pied d'égalité avec tous les marchands. Ces réserves faites, nous exposerons, dans une première section, la démonstration de Goldschmidt sur le fondement juridique de l' « agermanament ». Dans une deuxième section, nous montrerons les erreurs de Pardessus et de M. Haralambidis.

Section I

La démonstration de Goldschmidt

La Communauté de risques, conduisant à la contribution entre le navire et la cargaison ainsi qu'entre parties de la cargaison appartenant à différents chargeurs, n'est fondée que par un accord ou une fiction de cet accord. Si

les chargeurs ou leurs représentants sont absents, le Seigneur du navire est sensé comme un unique chargeur, c'est-à-dire un propriétaire de la cargaison. Mais alors, il doit appeler à lui les officiers du navire et l'équipage, non pas à titre de conseillers, mais parce que chargeur lui-même, c'est-à-dire propriétaire de la cargaison, il doit prendre l'accord des officiers du navire et de l'équipage qui sont sensément les représentants de l'affrètement. Cet accord est décrit comme un acte de forme (ceremonia). Il consiste en ce fait qu'un objet (navire ou cargaison) doit répondre pour l'autre, dont il doit réparer les dommages, et cela, réciproquement, Pour cet acte, des formes d'usage sont précisées : le navire doit aller par-dessus les biens, les biens doivent aller par-dessus le navire ; les biens doivent aller les uns par-dessus les autres, c'est-à-dire que le navire aide (aïudar) la cargaison, et inversement, à réparer les dommages éprouvés. L'accord est appelé : « agermanament », l'acte : « agermanar la nau ab l'aver (l'aver ab la nau) », ou « agermanar una roba ab l'altra ». (Costums de Tortosa, IX, c. 32 : qu' el leyn e'ls auers sien germans.)

Goldschmidt va rechercher le fondement juridique de l'« agermanament » à l'aide de l'étymologie et de la documentation historique. Son point de départ est une observation de Pappenheim (1), d'après laquelle « agermanar » (ag [ad = apud] german) signifie : être comme deux frères, resserrer les nœuds de la fraternisation. Il s'agit donc de vérifier expérimentalement l'hypothèse donnée, d'en dégager, si les résultats sont concluants, sa valeur au point de vue juridique et de démontrer, par la documentation, la réalité de l'institution. Adaptant

(1) Pappenheim : Die altdünischen Schussgilden, 1885.

l'observation de Pappenheim à son sujet, l'hypothèse de Goldschmidt peut être formulée ainsi : « l'agermanament est un acte de fraternisation, non de personnes ou, plus exactement, non de telles personnes, mais de choses. Le navire, avec ses accessoires, et les biens de la cargaison, ou rien que ces derniers, seront unis comme deux frères et resserreront les nœuds de la fraternisation. » Cette idée de fraternisation a juridiquement une valeur. C'est elle qui, dans l'antiquité germanique, a provoqué la fraternisation par serments. C'est elle encore qui, à notre époque, se trouve à la base de nombreux devoirs tel que celui de secours, d'assistance et peut-être même de communauté de biens (1).

Comment cette idée a-t-elle été lancée dans le domaine de la circulation juridique ? Goldschmidt nous fait part des recherches de Pappenheim qui est arrivé à établir que la notion de fraternisation se trouve dans les diverses corporations médiévales : Schussgilde germanique, Schussgilde scandinave (2). La conclusion de Pappenheim (3) est celle-ci : « Si le concept juridique de fraternisation a sa source originaire dans ces corpora-

---

(1) Voir citations nombreuses chez Tamassia : L'affratellamento (Turin, 1886, p. 13, n° 3).

(2) Pappenheim, *loc. cit.* Voir également Kohler : Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, livre V, p. 434 ; Tamassia : L'affratellamento, p. 10. — La Communauté de dommages (Schädengemeinschaft) constituait une disposition importante des divers statuts qui prévoyaient de telles associations de protection. — A l'appui, Pappenheim : Schussgilden, p. 97, 343, 388, nous cite les statuts de Flensbourg (art. 7-19) ; Odensee (art. 19, 21, 33, 37) ; Kollehave (art. 5, 13, 17, 34) ; Malmoe (art. 14, 21-23, 40-42, 50) ; Reval (art. 9, 10, 14-16, 39, 40, 57).

(3) Pappenheim : Norweg Schussgilde Statuts, p. 39.

tions, elle engendre, pour ceux qui en font partie, des droits et des devoirs identiques. Ainsi donc, on conçoit aisément une fraternisation d'affaires (Sachverbrüderung) fondant le devoir de contribution catalan, le devoir de contribution mutuel. » Goldschmidt, adoptant la thèse de Pappenheim, considère qu'avec des appellations telles que : assurance de réciprocité (Gegenseitigkeitsversicherung), association de risques (Pardessus), on exprime les conséquences pratiques de droit, mais non le principe dominant. C'est avec beaucoup plus d'exactitude, ajoute-t-il, que les auteurs espagnols Capmany et Oliver ont traduit « agermanament » par « mancomunidad », « mancomunacio », c'est-à-dire communauté de mains totale, mais aucune connexité historique ne permet de justifier ce rapprochement.

A quelle figuration le concept juridique de fraternisation peut-il se ramener?

Goldschmidt, sur ce sujet, utilise les travaux de Pappenheim, Diez (1), Grimm (2[1]), mais bien surtout les recherches patientes de Ducange, auxquelles il accorde un très grand crédit. La racine « german », incluse dans

---

(1) Diez : Etymologisches Wörterbuch der romanischen Sprachen, 5[e] édition, 1887, p. 455.

« L'expression de germania ne se trouve du reste que chez les Espagnols ; elle est comme l'hermania correspondante surannée. On a tiré d'elle « l'alliance des rebelles de Germanie » et « l'hermandad espagnol ».

Les fraternisations par serment remontent bien plus haut. Elles étaient déjà connues à l'époque franque. Les gildonia du « capitulare Harristalense », 779, n° 16 (Boretius, capit. I, p. 51) et la « carta de hermandad » espagnole de 1116 (Helferich : Enstehung und Geschichte des Westgothenrechts [1858], p. 379) ne sont pas autre chose que des fraternisations.

« agermanament », impose un rapprochement avec une institution similaire, celle de la « germanitas », dont Ducange (1) nous donne la définition : « Societas, communio bonorum, qualis est inter germanos et fratres. » Goldschmidt nous précise le champ d'application de cette dernière institution. Ce n'est pas seulement entre deux

---

Diez, *loc. cit.*, fait des observations intéressantes. C'est ainsi, nous dit-il, que les escrocs et voleurs espagnols s'appellent entre eux « germanos ».

Col. 421, — verbo : « Brüdern » = fraterno foedum jungere = fraterniser.

Col. 422, — verbo : « Brüderschaft » = 1° fraternitas, germanitas; 2° sodalitium.

Boire, contracter, accepter, proposer, rompre, donner congé font des fraternitas.

Brüderthum = fraternitas ; Brüdertreue = fides fraterna.

(2[t]) Grimm : Deutsches Wörterbuch, II, col. 418, — verbo hermano = germanus. V. également J. Grimm : Geschichte der deutschen Sprachen (1848), p. 136, 137, et Rechtsantiquität, p. 193-94 où il définit « germani » ainsi qu'il suit : « Hommes qui, étrangers par la naissance les uns des autres, s'unissent comme frères », et ajoute : « L'antiquité avait pour ce faire des usages solennels. Très tardivement ces usages s'éteignirent, mais amitié et association formèrent continuellement une étroite fraternité. C'est ainsi que les frères d'armes, les frères de corporation se tutoient, que les ecclésiastiques et les moines s'appellent entre eux frères (religieux, fra, frate espagnol, fraile), frères miséricordieux, communauté (des frères moraves), confrères. »

(1) Ducange, dans les Gloss. grecs-latins, traduit germaniter par αδελφόθεν. Ce rapprochement fait songer à l'αδελφοποιία ou αδελφοποιησις du droit byzantin. Voir à ce sujet : D. 1, 7, de hered, inst. (6, 24) ; Basil. XXXV, 13, 17 ; Nov. Léonis, 68. — Voir également : Ducange, Gloss. graecit. ; Zachariæ de Lingenthal : Geschichte des griechischrömischen Rechts, 2e volume, p. 96, 97 ; Code syro-romain, § 86 ; Tamassia : L'affratellamento, p. 43, 63.

frères que peut exister une « germanitas » ou « fraternitas », mais encore entre parents d'une même famille. C'est ainsi qu'un document langobard de 754 (V. Regestro di Forfa, vol. II [Roma, 1879], n° 36) nous présente le cas de deux frères qui, placés à une ferme, s'unissent avec le frère de leur mère : « Te Maritianulum germanis matris nostrae in ipsa substantincula nostra affratamus et in tertia portione te haeredem esse volumus. » Cette « fraterna societas » n'est pas exclusive à des personnes unies par des liens de parenté, mais encore à des personnes qui ont entre elles un lien de filiation morale. C'est ainsi qu'un document remarquable de 891, cité par Ducange, nous rapporte l'existence d'une « fraterna societas » entre deux monastères. L'admission dans la « fraternitas » convertit en « socius et particeps ». Mais, même en dehors de tout lien d'affinité quel qu'il soit, un document napolitain de 982 et un document de Nocera de 985 nous rapportent que des personnes totalement étrangères l'une à l'autre se désignent comme « fratres et sortifices in una hereditate ». La commune volonté est à la base de ces sociétés. C'est ainsi que quatre documents de l'église de Lachèse de 759 nous citent des paroissiens qui s'unissent pour administrer leur paroisse et le bien de leur église : « Commune consiliò, tanquam bonos germanos qui de uno germine sunt procreatos. » (Voir Tamassia : L'affratellamento, p. 40-42.)

Goldschmidt, poursuivant ses investigations, nous démontre que l'expression d'« agermanament », qui correspond à celle d'« affratare » (societatem facere), se rencontre exclusivement dans les sources catalanes ; mais, ce qui est intéressant à constater, c'est qu'en droit catalan on ne désigne pas par « agermanament » une société ordinaire, mais une communauté de biens uni-

versels, conforme au contrat de mariage (1). Quelle est la conclusion qu'en tire Goldschmidt? C'est que cette conception, dominante dans le très ancien droit espagnol, prouve que le concubinat (barragania), reconnu en Espagne jusqu'à la fin du XIII[e] siècle, est considéré comme un contrat d'amitié et d'association, et que cette communauté légale de biens de mariage, très primitive, sera considérée comme «hermandad de sus bienes». D'ailleurs, un rapprochement s'impose à ce point de vue avec le droit des villes de Sicile : c'est ainsi que, à Messine, Catane, Girgente, Palerme, on définissait la communauté de biens de mariage « bona confunduntur et unum corpus efficiuntur ».

Nous plaçant sur le terrain contributif, élargissant nos horizons, nous notons que, de même que l'« agermanament » de mariage emporte contribution de moitié, de même la communauté légale française spécifie une contribution de moitié pour chacun des époux en ce qui concerne les dettes communes. Dès lors, nous avons le devoir de vérifier si ce point de contact correspond à une réalité. Parcourant du sommet les deux institutions qui ne sont séparées entre elles que par une suite de siècles, mais qui, quant au fond même du droit, ne sont peut-être pas aussi distinctes l'une de l'autre, nous croyons pouvoir affirmer qu'en cette matière notre droit fran-

(1) Costums de Tortosa, liv. V, rub. 20 : Aquel matrimoni que's fa sens cert dot es' fa mig per mig, lo qual matrimoni es computat a companya e a agermanament ; rub. 21 : En aquest matrimoni, de mig per mig, no es esguardat qui aporte mes ni meyens, en temps de nupcies ne depuys, ab altra en aquesta companya o agermanament, pus la companya o agermanament es feyt en temps de les nupcies rel.

çais n'est que le terme d'une évolution plus ou moins consciente.

Il est à remarquer, en effet, que les manifestations de la vie juridique se traduisent uniformément dans la pluralité des hypothèses par un processus à peu près identique. Presque toujours un fait s'impose à la conscience des individus, avant de l'être à celle d'une nation; presque toujours ces mêmes individus éprouvent le besoin de le mouler sous des modalités contractuelles, afin de déterminer exactement, quelquefois même étroitement, les divers rapports entre les parties. Les besoins de la vie sont, à peu de chose près, identiques pour toute créature humaine. Par la répétition même des situations, l'usage, l'habitude en arrivent à nous imposer un contrat-type jusqu'à ce que la conscience sociale, qui n'est que la totalisation des consciences individuelles, ait une organisation ou organisme assez puissant pour pouvoir, soit réagir, par des dispositions qui s'imposeront à tous (ordonnances, lois, décrets), contre une tyrannie, si l'habitude est mauvaise; soit, au contraire, consacrer avec la même vigueur et par les mêmes moyens, à des degrés divers, cependant, par simple adoption ou transformation, plus ou moins apparentes, des stipulations d'ordre contractuel, estompées ou accentuées par l'usage. La loi, prise en tant que manifestation d'une volonté générale, est donc abolitive, vivificatrice ou modificatrice : elle est impérative.

Il n'y a pas un homme, il y a des hommes; ce que chacun crée est à tous, parce que toute création implique une imitation : on ne peut bâtir que sur ce qui vous a été donné. Dès lors une innovation dans le domaine intellectuel, une invention dans le domaine scientifique, ne sont en définitive que des combinaisons originales,

parce que personnelles, d'éléments déjà connus. Certes, nous ne sommes pas tous des génies, mais tous nous y ressemblons d'une certaine manière ; de même que, dans le domaine spéculatif ou scientifique, l'innovateur ou l'inventeur rapprochent pour donner la vie, nous, simples mortels, nous nous rapprochons pour vivre, c'est-à-dire qu'il n'est pas l'un d'entre nous qui n'ait besoin de son prochain. C'est cette similitude de situation entre les hommes qui crée la solidarité (1). Il y a donc entre nous tous un lien d'interdépendance à l'état latent dont nous n'avons conscience qu'en face du péril.

La vie est un champ de bataille sur lequel s'entrechoquent constamment des forces contraires : les égoïsmes individuels s'éliminent en se refoulant, comme la marée rejette sur la côte les débris d'un naufrage. C'est précisément la peur de rester dans le combat, de sombrer dans le naufrage qui, sous l'impulsion de l'instinct de conservation, solidifie les égoïsmes en supprimant leurs aspérités et crée un état d'union : la solidarité. Juridiquement, ce fait est prévisible et peut faire l'objet de stipulations contractuelles : de là toute la gamme des assurances ; mais il peut être tellement subit que toute prévision soit impossible. C'est véritablement dans cette dernière hypothèse que nous sommes à même d'apprécier ce qu'est la solidarité : il ne peut plus être question ici de marchandage, de créer somme toute un état de droit par des concessions réciproques qui se traduiront par des contre-prestations ; non, la solidarité n'est plus créée, elle crée. Tandis que les hommes groupent leurs intérêts pour créer une solidarité, la solidarité groupe les hommes pour défendre leurs intérêts. Ce groupe-

(1) Morin : La révolte des faits contre le Code.

ment est lui-même créateur : il crée un organisme prévu ou imprévu, c'est-à-dire la subordination d'un tout à une partie. Les volontés se communisent en une seule à laquelle elles se subordonnent, si bien que ce n'est pas leur réunion qui fait leur force, mais leur soumission à l'une d'entre elles.

L'« agermanament » n'est pas autre chose que la traduction juridique de cette réalité. Qu'est-ce que la solidarité, sinon une fraternisation ? A l'origine, les liens du sang entre frères pouvaient seuls engendrer la fraternité, c'est-à-dire que, sous la multiplicité du nombre, tous étaient chacun et chacun était tous. Puis, progressivement, ce concept s'humanise : au lien du sang se substituent tour à tour les liens de parenté, les liens d'amitié, les liens de nationalité, et un jour, prochain peut-être, les liens d'humanité. Transposée dans le domaine de la vie pratique, la fraternisation se traduit par une propriété collective. De même que la personnalité de l'un s'intègre dans la personnalité de tous, et réciproquement, de même le bien de l'un est le bien de tous, et vice versa. Mais l'évolution n'est certes pas aussi facile dans le domaine de la vie que dans le monde des idées : si la propriété collective a pu valoir pour une famille ou un ensemble de familles, elle n'est pas allée plus loin ; nous en sommes à la propriété individuelle et il est probable que nous ne soyons prêts de sitôt à retourner au collectivisme. Toutefois, gardons-nous de généraliser : l'« agermanament » n'est-il pas là pour nous montrer que la fraternisation n'est pas bannie des hommes ? Il suffit de vouloir. De même que les époux s'agermanaient, c'est-à-dire qu'ils faisaient un contrat d'« agermanament » pour leur personne et pour leurs biens, de même dans notre communauté de mariage nos époux

s'unissent mais par deux contrats différents : l'un relatif aux personnes, l'autre relatif aux biens, le premier impératif, le second facultatif, mais présupposé, s'il n'est pas réalisé ou s'il n'y a pas d'autres stipulations contraires. De même que l'« agermanament » de mariage impliquait la subordination d'une des parties, de même l'union française implique la subordination de la femme au mari. Il faut qu'il y ait un chef : peu nous importe lequel des deux doit l'être. En droit catalan, comme en droit français, par le seul fait du mariage, cette subordination est volontairement acceptée. C'est l'ordre qui fait la force en vue de réaliser le but à atteindre, c'est-à-dire unir deux personnes et réunir en une seule masse les biens de chacune d'elles en vue de constituer une famille.

L' « agermanament » maritime ne diffère pas sensiblement de l' « agermanament » de mariage, sinon par son extension. Tandis que dans l'un il n'est question que de deux personnes et de deux biens, dans l'autre il s'agit d'une multiplicité de personnes et d'une multiplicité de biens. Ce n'est plus la conjonction de deux volontés, mais d'une pluralité de volontés. Comme dans l' « agermanament » de mariage, il importe qu'une volonté commande, mais cette volonté ne peut plus être unique, étant donné sa pluralité : la loi sera donc celle de la majorité. De même que, dans l' « agermanament » de mariage, la volonté de l'un est commissionnée par la volonté de l'autre, de même dans l' « agermanament » maritime, la volonté de la majorité commissionne l'une d'entre elles comme agent d'exécution de ses décisions. De même que l' « agermanament » de mariage a pour but de supporter en commun les risques de la vie, de même l' « agermanament » maritime a pour but de mettre en commun les risques de la mer. De même que le mari a seul qualité pour

faire des dettes au nom de la communauté, de même le Seigneur du navire est seul qualifié pour faire des avaries, soit des avaries-dommages, soit des avaries-frais au nom de cette même communauté. Mais, tandis que dans l' « agermanament » de mariage les dépenses communes sont supportées uniformément de moitié par les deux époux, dans l' « agermanament » maritime les avaries communes, étant donné la multiplicité des biens amalgamés, ne peuvent être supportées que par sou et livre suivant la valeur respective de ces derniers, avec cette précision toutefois que le Seigneur du navire n'a à contribuer de la sorte que s'il agit dans un cas d'imprévisibilité du péril. Dans toute autre hypothèse, le Seigneur du navire, comme le mari dans l' « agermanament » du mariage, contribue pour moitié, non du montant de la dépense produite, mais de la valeur du navire.

Si, comparant dans leur activité le Seigneur du navire et le « magister navis », leur rôle peut nous apparaître identique, il n'en est pas moins différent et marque incontestablement l'antinomie de deux conceptions. Tous deux intègrent dans leur volonté agissante les risques de mer pour en faire des avaries communes ; mais, tandis que, en droit romain, il n'y avait que les cas fortuits, qui pouvaient l'être, en droit catalan, même les cas de force majeure, le sont. C'est ainsi que le jet est avarie commune dans les deux droits, mais le naufrage ne l'est qu'en droit catalan. Ainsi donc si, en droit romain, il existe des avaries communes et des avaries particulières, c'est-à-dire une énumération limitative des avaries qui peuvent être communes et de celles qui ne le sont pas, rien de tel en droit catalan, car ici tout risque peut être commun. Dès lors, à la différence du « magister navis », le Seigneur du navire n'a pas à se préoccuper de l'immi-

nence du péril, c'est-à-dire qu'il peut agir en dehors de tout péril et même de toute crainte de péril. Mais, si le « magister navis » était maître, le Seigneur du navire ne l'est pas ; car si l'un tirait son droit d'action de la réalité du danger, l'autre le tire d'une volonté commune. A vrai dire, le « magister navis » et le Seigneur du navire présentent deux tournures d'esprit tout à fait différentes : le premier considérait bien plutôt les risques des choses dont il était soit le propriétaire, soit le dépositaire, que les risques de la mer, tandis que le second a constamment devant les yeux l'immensité même sur laquelle il vogue ou voguera ; peu lui importe les risques des choses car, propriétaire de tout, il n'est propriétaire de rien. Son navire n'est pas à lui, il en est actionnaire ; des marchandises, il n'en est pas dépositaire, mais le commandité. Par suite, il n'est pas tenu à la conservation d'objets dont il n'a pas la propriété ou le dépôt, mais simplement à participer à la perte éprouvée selon la part d'action qu'il possédait sur le navire ou la part d'intérêt qu'il aurait eue sur les objets à lui confiés en « commenda ». Dès lors, les caractères des deux contributions ne sont évidemment pas les mêmes : la contribution romaine répare, la contribution catalane compense. On répare un dommage en fournissant la valeur intégrale du préjudice subi ; on compense une perte en y participant, mais on ne la répare pas. Sans doute, la réparation peut être allégée par un support commun, créé pour la circonstance, tandis que la compensation présuppose un fonds commun, mais ne le crée pas. Donc, nous sommes en droit de dire que l'antagonisme des deux conceptions romaine et catalane réside, en dernière analyse, dans une différence de régime de propriété, stigmate révélateur d'un état d'esprit différent : ce sont, d'une part, la

conception individualiste romaine, d'autre part, la conception solidariste catalane.

Certes, nous ne commettrons pas l'erreur de croire que la communauté de la « commenda » est identique à celle des avaries communes catalanes : ce sont deux institutions hétérogènes, mais nous croyons que l'une a appelé l'autre. Un régime juridique est étroitement soudé à un régime économique. La « commenda », d'après M. Saleilles (1), est « un contrat par lequel un marchand confie des marchandises, généralement à un capitaine de navire qui s'engage à les revendre », moyennant un partage, dans une proportion variable et à déterminer, des bénéfices résultant des profits retirés de l'exploitation du capital. Une évolution s'est produite au XIV^e^ siècle, époque à laquelle se place le Consulat de la mer. « L'ancienne « commenda » va devenir une société proprement dite (2). Tandis que, antérieurement au XIV^e^ siècle, la « commenda » se réalisait par un simple prêt ou dépôt, sans lien de société, du XIV^e^ au XVII^e^ siècle, elle se présente sous la forme d'une société n'existant qu'entre les rapports des parties et non à l'égard des tiers, pour en arriver au XVII^e^ siècle à une véritable société tant au point de vue externe qu'au point de vue interne (3).

Rapprochons la « commenda » de l' « agermanament », en faisant table rase de toute architecture juridique : à la base des deux, se trouve la même idée, celle de fraternisation, c'est-à-dire d'association. « Ce fut au moyen âge

---

(1) Annales de droit commercial, 1895 : Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, p. 21, n° 13.

(2) Saleilles, *loc. cit.*, n° 14.

(3) Saleilles, *loc. cit.*, n° 15.

seulement, écrit M. Saleilles, que l'on sut faire sortir d'un contrat tout un domaine nouveau de relations juridiques, emprunté aux idées d'association et qui devait être fécond pour le développement du progrès commercial et industriel dans le monde (1). » Ce qui s'est passé pour la « commenda » s'est manifesté dans le domaine des avaries communes et, nous en sommes convaincu, en étroite conjonction. Comme l'antique « commenda », les avaries communes romaines étaient juridiquement basées sur la notion contractuelle de dépôt impliquée d'elle-même par la mise en œuvre des « actiones locati conducti ». Or, l'apparition d'un esprit nouveau va désagréger, sous l'impulsion de nécessités économiques nouvelles, cette notion de dépôt et la débarrasser de sa contexture contractuelle : l' « agermanament » et la « commenda » ne sont pas autre chose, dans leur domaine respectif, que la traduction de cet état de fait en un état de droit. Aussi bien dans la « commenda » que dans l' « agermanament », la force vivificatrice d'une idée, celle d'association, a transformé le dépôt en une société. Certes, cette société n'a pas la fixité moderne : elle est latente, mais n'en existe pas moins. Tandis que dans la « commenda-contrat » le « commendator », ou commanditaire, restait propriétaire des marchandises remises au transporteur, dans la « commenda-société » les deux parties font un apport en capital (2) ». Tandis que dans les avaries romaines les « mercatores » restaient propriétaires des marchandises remises au « magister navis », dans l'« agermanament » catalan, les deux parties font un apport en

(1) Saleilles, *loc. cit.*, n° 14.

(2) Saleilles, *loc. cit.*, n^{os} 17 et 19.

capital ; dès lors, aussi bien dans la « commenda-contrat » que dans les avaries romaines, les marchandises restent aux risques des propriétaires (commendatores et mercatores), alors que dans la « commenda-société » et l'« agermanament », les risques sont partagés proportionnellement.

Quel était donc le but des avaries communes romaines, sinon précisément de mettre en commun les risques des choses ? Et quel est donc celui de l'« agermanament » catalan, sinon de supporter en commun les risques de mer ? La première contribution partageait les avaries communes, la deuxième proportionne les avaries à l'importance des apports. Si l'on gratte un peu ces étiquettes de partage et de proportion, on y trouve à la base, semble-t-il, une même modalité de propriété : la co-propriété. Mais sous l'identité du vocable, quelle différenciation n'y trouve-t-on pas ? La co-propriété romaine est individualiste, la co-propriété catalane, comme d'ailleurs toute co-propriété médiévale, est solidariste. A des temps nouveaux, il faut des conceptions nouvelles. Les conséquences de ces deux notions différentes sont capitales et ont été nettement dégagées par M. Saleilles (1). La co-propriété romaine impliquait : 1° un droit au partage pour chacun des co-propriétaires ; 2° un droit de disposition pour chacun d'eux relativement à sa part ; 3° une confusion de patrimoine qui appartient à chacun et son patrimoine propre. Rien de tel dans la co-propriété médiévale : 1° aucun droit au partage pour chacun des associés avant que la société ne soit dissoute ; 2° aucun droit de disposition pour l'associé ni de sa part ni de

(1) Saleilles, *loc. cit.*, nos 58 et s.

celle des autres ; 3° création d'un patrimoine social autonome.

Et dès lors, l'« agermanament » catalan ne s'explique-t-il pas ? Si nous avons l'institution d'une délibération, c'est parce que nous n'avons pas un ensemble de patrimoines confondus, mais un seul et unique patrimoine. Si le Seigneur du navire ne peut disposer qu'à la majorité de la moindre de ses parcelles, c'est que tous les éléments constitutifs du patrimoine social sont frappés d'indisponibilité. Tout ce mécanisme enchevêtré d'accords, de fiction d'accords, toute cette pluralité de conventions ne doivent être considérés que comme la manifestation extérieure d'un droit à sa naissance : la jeunesse d'un droit, comme celle des individus, se traduit par un besoin similaire de concrétisation. Dans le recul du présent, nous sourions à la naïveté de l'enfance, de même que nous considérons avec quelque suffisance l'archaïsme d'une législation, tant il est vrai que notre esprit superficiel est porté à juger le passé bien plutôt sur l'image qu'on lui en donne que sur la réalité même qu'elle lui cache : la forme préjuge le fond. C'est ce préjugé que Goldschmidt a combattu ; l'« agermanament » n'est pas un contrat, c'est une société qui a pour but exclusif le partage d'un péril commun. Sans doute, la mise en œuvre de cette société est réalisée par des modalités contractuelles, à l'aide de l'institution d'une délibération qui a la valeur d'un acte de contrat formel ; mais ce que l'on doit considérer, ce n'est pas tant la configuration extérieure qui, juridiquement, peut apparaître fonder le droit, que l'essence même de l'institution donnée. A la vérité, le lien qui unit les intéressés n'est pas un lien contractuel, mais un lien de majorité ; les accords sont pris à la pluralité des voix et la contribu-

tion est soumise à une fixité qu'elle n'aurait certainement pas si elle était rivée à la mobilité contractuelle. Cette majorité même n'est pas autre chose que la traduction, sur le terrain juridique, de l'esprit d'une époque ; l'« agermanament » est un acte de fraternisation, de solidarité s'appuyant économiquement sur la notion d'une propriété collective solidariste.

Section II

Les erreurs de Pardessus et de M. Haralambidis

Certes, notre audace serait grande que de vouloir nous présenter en critique de M. Haralambidis, si nous n'avions pour nous soutenir l'autorité de Goldschmidt, de même que M. Haralambidis a derrière lui celle de Pardessus. Dès lors, nous inclinant respectueusement devant de tels noms de la science du droit, notre tâche est des plus modestes : essayer de comprendre et de faire comprendre aux autres ce que nous croyons être la vérité.

Pardessus (1), terminant son étude sur le Consulat, concluait de la sorte : « Ainsi, le Consulat a fait une sorte de transaction entre le droit ancien, conservé dans la plupart des législations maritimes du moyen âge, et le droit nouvellement introduit dans quelques autres. » Goldschmidt, en réponse, écrit ceci : « L'hypothèse de Pardessus que le Consulat connaissait la Communauté de risques légale du droit romain, et, à côté d'elle, une autre plus extensible, décrite comme un « germinamento », n'est pas fondée, car la contribution des grosses avaries

(1) Pardessus : Coll. II, p. 21.

romaines avait lieu sans un tel accord réel ou feint. » Tous nos développements antérieurs ont consisté précisément à mettre en lumière, dans la mesure de nos moyens, l'antagonisme de ces deux législations. Transiger ! le Consulat ne pouvait le faire. La transaction n'est possible que lorsque des concessions réciproques peuvent être envisagées. Or, s'il est vrai de dire que dans le domaine de la vie pratique la transaction est de mise courante, dans le monde sensible des idées, ces dernières ne transigent jamais : nous sommes convaincus ou nous ne le sommes pas. Le droit catalan ne pouvait l'être, parce que le droit romain était le reflet d'une époque qui n'était pas la sienne. A un moment où tout était concentré sous une main unique et puissante, celle de Rome, l'individualisme romain se justifiait, tandis qu'il ne pouvait en être de la sorte dans une période où tout était dissocié sous une multiplicité de pouvoirs différents dont la caractéristique était la faiblesse ; c'est pour pallier à cette dernière que les individualités s'unirent en créant un état d'esprit nouveau, la solidarité. Dès lors, dans le domaine du droit, juxtaposées l'une à l'autre, ces deux conceptions de la vie : individualisme et solidarité, irréductibles l'une et l'autre, se livreront à une lutte sans merci. Laquelle des deux devait l'emporter ? L'individualisme, parce qu'il avait derrière lui la force, tandis que la solidarité n'avait pour elle que la faiblesse. C'est ainsi que nous assisterons à la victoire des avaries communes romaines sur l' « agermanament » catalan ; mais cette victoire ne sera pas aussi complète que nous ne puissions retrouver la trace de l'ennemi battu, mais non vaincu.

L'erreur foncière de Pardessus est donc d'avoir pensé que le Consulat de la mer était une synthèse du droit romain et du droit nouveau. La Communauté légale de

risques romaine rendait communs les risques qui répondaient au caractère majeur du péril à éviter, seuls susceptibles d'être intégrés en avaries communes par la volonté agissante du « magister navis », alors que les avaries provenant d'un cas fortuit ne pouvaient être que particulières. Le « droit nouvellement introduit », au contraire, généralisait ou tendait à la généralisation des avaries communes. C'est ainsi que la compilation rhodienne du VIII[e] siècle proclamait que tous les risques de la mer étaient communs. Le droit catalan, dans l'esprit de Pardessus, aurait admis en principe le système romain : avaries communes et particulières ; mais ces dernières, sous les nécessités du moment, pour suppléer à une trop grande fréquence de risques, pouvaient devenir, à leur tour, communes, à la condition d'être prévues comme telles dans des stipulations contractuelles.

Ces idées inexactes sont reproduites par M. Haralambidis (1) : « La distinction entre les avaries communes et les avaries particulières existent bien établies dans le Consulat de la mer qui distingue nettement entre la contribution due aux avaries communes et celle qui est due en vertu d'une assurance mutuelle. » Et M. Haralambidis conclut ainsi (2) : « Le Consulat de la mer connaît la distinction entre les avaries particulières et les avaries communes pour n'admettre la contribution de plein droit que dans ce dernier cas. Dans le cas des avaries particulières, une contribution ne peut être demandée qu'en vertu d'une convention expresse entre les parties, convention qui n'est plus sous-entendue,

(1) Haralambidis, n° 23.

(2) Haralambidis, n° 27.

comme dans une certaine époque du moyen âge. » M. Haralambidis a méconnu le Consulat parce qu'il n'a pas voulu le comprendre. En effet, il s'est parfaitement rendu compte que le fondement des avaries catalanes n'était pas contractuel. Mais, très habilement, s'abritant derrière Pardessus comme il s'était servi du nom de Boucher pour créer, autour du Consulat, une première impression défavorable, il veut l'étudier, avec un esprit romain. Certes, ce n'est certainement pas par traditionalisme que M. Haralambidis prend ici une étiquette romaine ; nous savons que le passé n'a pas grande valeur pour lui : c'est un moderniste, ou du moins il croit l'être. Non. S'il utilise le critérium romain, c'est pour démolir une institution qui le gêne, c'est celle de la délibération. Ce qu'il veut, c'est que la délibération n'ait été, dès l'abord, qu'une règle d'utilité générale, parce que cette dernière existe dans notre Code et qu'elle pourrait bien être une entrave sérieuse à l'échafaudage de sa propre théorie.

Le raisonnement de M. Haralambidis est des plus simples : le Consulat admet la distinction romaine des avaries communes et particulières, les premières sont communes de plein droit, les secondes ne peuvent l'être que par la volonté des parties contractantes. Or, la preuve que les avaries communes ne sont pas contractuelles, c'est que, dans l'hypothèse du jet (1), « si la plupart des marchands s'accordent à jeter, alors on peut jeter et, dans ce cas, tous contribuent sans distinction entre ceux qui ont consenti aux sacrifices et ceux qui ne l'ont pas fait ». Donc, « la contribution serait-elle basée sur un fondement contractuel, on n'aurait pu la deman-

(1) Haralambidis, n° 24.

der qu'à ceux qui ont consenti ; le fait qu'il n'en est pas ainsi nous prouve ce que nous avons maintes fois répété, à savoir que la délibération des marchands, soit en leur absence celle de l'équipage, ne doit être considérée que comme une précaution prise pour le bien commun des intéressés ». Ces deux syllogismes sont rigoureusement exacts. « Le contrat est la loi des parties. Or, certains marchands n'ont pas consenti. Donc, la contribution n'est pas contractuelle. Mais tous contribuent. Or, tous n'ont pas consenti. Donc, la contribution a lieu de plein droit. » La vérité ne s'atteint pas dans la valeur syllogistique d'un raisonnement. Si la contribution a lieu de plein droit, ce n'est pas parce qu'elle est légale comme l'est celle des avaries communes romaines, mais parce que la majorité est la loi de la minorité. Juridiquement, la volonté de la pluralité ne peut avoir une force coercitive que si elle est matérialisée dans une convention. Dès lors, une délibération s'impose et n'est pas une simple précaution.

M. Haralambidis est un véritable enseignement pour nous : il nous montre comment, avec une idée « a priori » inexacte, on en arrive à fausser du tout au tout le caractère d'une institution. En droit, plus que partout ailleurs, nous devons avoir grand soin de vérifier nos hypothèses : l'expérience nous est donnée une fois pour toutes, nous n'avons pas, comme dans les sciences biologiques, la possibilité de renouveler indifféremment notre expérimentation. Si une analyse inexacte nous a révélé un principe erroné et que nous n'ayons soin de le soumettre à une contre-épreuve immédiate, c'est fini : les conséquences logiques s'en déduiront d'elles-mêmes avec toute leur rigueur et l'esprit subjugué interprétera à faux les solutions données. C'est ainsi que M. Haralam-

bidis, appliquant rigoureusement le critérium romain adopté, est amené à distinguer, dans l'hypothèse de l'échouement (1), celui qui est volontaire (chap. 150) de celui qui n'est que fortuit (chap. 152). En effet, au sens romain de l'expression, le second ne peut être qu'avarie particulière, tandis que le premier doit être avarie commune, parce que l'un ne répond qu'à un cas fortuit, l'autre est un risque commandé par la force majeure, intégré par la volonté agissante du Seigneur du navire. Dès lors, de par la loi, au cas d'échouement volontaire, tous à bord contribueront tandis qu'aucune contribution n'aura lieu dans l'hypothèse de l'échouement fortuit. Or, il n'est pas vrai que le Consulat ait voulu faire une telle différenciation. Nous affirmons qu'on ne peut pas comprendre le chapitre 151 si on le dissocie du chap. 150. Certes, il y a une nuance dans les hypothèses envisagées, mais cette nuance n'atteint pas le fond même du droit. Dans ce que M. Haralambidis appelle l'échouement volontaire, le Seigneur du navire fait une proposition aux marchands qui délibéreront sur elle, parce que le caractère même de prévisibilité de la force majeure lui permet d'agir de la sorte, tandis que, bien évidemment, une telle possibilité d'action ne saurait lui être laissée par la rapidité même de l'événement, au cas d'un échouement fortuit, car la fortuité même enlève toute prévisibilité. Mais cette différence de situations n'empêche pas qu'il y ait entre elles une similitude juridique : dans les deux cas la contribution aura lieu parce que, au cas de force majeure, l'« agermanement » se fera ; au cas fortuit, il doit avoir été fait, sinon pas de contribution.

C'est précisément ce que l'esprit romain de M. Hara-

(1) Haralambidis, n° 26.

lambidis a interprété à faux. Il est parfaitement exact que, dans l'hypothèse de l'échouement fortuit, le chap. 151 nous parle d'une convention (convinença) dont il n'est pas fait mention au cas d'échouement volontaire (chap. 150). Immédiatement, M. Haralambidis en conclut que les avaries particulières pourront faire l'objet d'une contribution, si une convention a été faite. Or, la « convinença » est l'acte de forme qui matérialise l'« agermanament » et nous savons que, si l'imminence du péril présenté par la force majeure ne permet pas de la rédiger immédiatement, elle n'en sera pas moins dressée, après coup, par le notaire de mer. La preuve irréfutable de ce que nous avançons se trouve dans le quantum même de la contribution. Que la « convinença » ait ou n'ait pas été rédigée, la contribution sera de sou et livre entre le Seigneur du navire et les marchands, à condition que l'« agermanament » ait été effectué. Mais cette argumentation a une portée bien plus générale encore : elle nous permet d'affirmer, avec Goldschmidt, que l'« agermanament » n'est pas un contrat contrairement à l'avis d'auteurs bien pensants (1), tels que M. Ripert, et par cela même nous entrevoyons par avance tout le parti habile qu'en tirera M. Haralambidis quand il s'agira de se décider sur le fondement juridique des avaries communes en droit français : avec infiniment de raison il rejettera toute théorie qui est contractuelle.

Cet accord de volontés, base de l'« agermanament », qu'il prend uniquement sous sa forme contractuelle, et qu'il considère comme tel, M. Haralambidis ne l'a vu ou n'a voulu le voir que dans ce qu'il dénomme improprement ici avarie particulière, c'est-à-dire dans l'hypo-

(1) Ripert : Traité général de droit commercial, t. II, n° 1992.

thèse de cas fortuit (chap. 187 : « Des marchandises prises par les ennemis » ; chap. 152 : « Du déchargement fait, partie avec beau temps, partie avec tempête ») (1). Certes, tout le monde s'est trompé en France sur la nature de l' « agermanament », Goldschmidt seul a pu arriver à une analyse exacte. Mais, en admettant même que l' « agermanament » fût un contrat, il sautait aux yeux que les avaries soi-disant communes n'amenaient pas la contribution de plein droit, mais exigeaient une convention M. Ripert s'en est bien rendu compte, bien qu'il se soit mépris sur la nature de l' « agermanament ».

Véritablement, M. Haralambidis parle comme un jurisconsulte de Rome. « Nul doute, écrit-il à propos du chap. 226 (Du cas où le navire étant en chargement il arrive une tempête), que la contribution à des dépenses faites pour la conservation du navire et de la cargaison déjà chargée n'est nullement fondée sur une convention des parties, mais sur un principe d'équité qui veut que les sacrifices soient mis à la charge de celui auquel ils doivent profiter. » Que vient faire ici l'équité? Que va-t-on nous parler de profiter? En vérité, il est assez plaisant de constater que M. Haralambidis, qui combat avec la dernière énergie ceux qui assignent pour fondement aux avaries l'équité, vienne en cette circonstance faire appel à ses bons secours ! Oh ! c'est un service intéressé qu'il lui demande, car elle lui permet de glisser une idée qui est contraire à l'esprit du Consulat ; c'est celle de profit dont il tirera un si grand parti par la suite pour échafauder sa propre théorie. Non, la vérité est bien plus simple : le Seigneur du navire a chargé ou il n'a pas chargé. S'il n'a pas chargé, et qu'il fasse quelque

(1) Haralambidis, n° 22.

dépense, évidemment cette dernière sera à sa charge, non pas tant parce qu'il n'a pas effectué en tout ou en partie le chargement, que parce qu'il ne s'est pas accordé avec les marchands. Dès lors, si un accord, c'est-à-dire un « agermanament », est intervenu, dès qu'une partie de la cargaison aura été placée à bord, ces marchandises par sou et livre contribueront avec le navire à la dépense engagée. Bien évidemment, si les marchands avaient conclu entre eux ce que nous avons appelé un « agermanament imparfait » (en excluant volontairement ou involontairement le Seigneur du navire), ce dernier n'a pas à contribuer à la dépense qu'il a faite et qui doit lui être remboursée dans sa totalité par tous les marchands. Par suite, nous sommes en droit de dire à M. Haralambidis (1) qu'il fait entièrement fausse route, lorsqu'il écrit : « Les avaries particulières sont supportées par le propriétaire de la chose qui les a essuyées ou les a occasionnées. »

Qu'on nous comprenne bien ! Nous ne disons pas que dans le Consulat tout est commun ; non, car ce qui n'est pas commun est, à n'en pas douter, particulier ; mais nous affirmons que les avaries particulières, aussi bien que les avaries communes, au sens romain de l'expression, sont supportées par « le propriétaire de la chose qui les a essuyées ou les a occasionnées » s'il n'y a pas eu « agermanament ». Précisant davantage, nous dirons que s'il est vrai de prétendre que le Consulat « connaît les avaries communes » (2), en ce sens qu'il ne connaît qu'elles et qu'il n'y a qu'elles dans le Consulat, nous affirmons qu'il est faux d'écrire qu'il les « connaît comme

(1) Haralambidis, n° 22.

(2) Haralambidis, n° 27.

des sacrifices extraordinaires faits pour la conservation de l'aventure ».

C'est là encore une notion romaine faite pour expliquer comment des dépenses provoquées par la force majeure, de même que le dommage matériel intervenu dans la même circonstance, étaient communes, c'est-à-dire entraînaient une contribution de plein droit à la condition qu'elles fussent faites pour la conservation de l'aventure, c'est-à-dire pour le salut du navire et de la cargaison. Et M. Haralambidis est bien obligé de noter, comme quelque chose d'extrêmement remarquable, dont il fera son profit en temps voulu, que le Consulat « ne parle pas expressément de la question du résultat utile », qu'il « ne parle pas non plus de la question de l'origine du danger et de l'influence qu'il pourra exercer sur la question de la contribution » (1). Mais quoi d'étonnant à cela? Certes, nous comprenons parfaitement qu'un jurisconsulte romain ouvre grandement les yeux à cette nouveauté : l'origine du danger est tout pour lui, car il ne peut être commun que s'il provient d'une force majeure, et l'influence qu'il exerce sur la contribution est énorme, car elle n'aura pas lieu s'il provient d'un cas fortuit. Mais un jurisconsulte catalan n'aurait jamais eu à envisager pareille hypothèse pour une raison bien simple, c'est que le fondement des avaries communes romaines et catalanes n'est pas le même. Tandis que la volonté agissante du « magister navis » n'intégrait que les risques résultant d'une force majeure, parce que seule elle était de nature à provoquer en lui la « metus », le Seigneur du navire au contraire intégrera dans sa volonté agissante, aussi bien les risques provenant d'une

(1) Haralambidis, n° 27.

force majeure, que ceux résultant d'un cas fortuit, parce que ce n'est pas la plus ou moins grande tonalité du péril qui l'habilite, mais bien un accord de volontés.

Nous pouvons ne pas partager les opinions de nos adversaires et les combattre, parce que nous estimons qu'ils ont fait erreur ; mais nous sommes assez humain pour ne pas oublier que la vérité absolue ne peut jamais être atteinte, et que ce que nous croyons vrai n'est peut-être qu'une illusion de vrai. Dès lors, bien loin d'avoir la pensée de les flageller, nous voulons expliquer comment il se fait qu'une confusion pareille ait pu se produire, comment on a pu ramener le droit catalan, si parfaitement original, au droit romain. La faute, s'il y a faute, n'est due ni à Pardessus, bien moins encore à M. Haralambidis, mais au droit romain lui-même, copénétrant dans le Consulat, c'est-à-dire au germinamento italien.

TITRE III

LE GERMINAMENTO ITALIEN

Ce n'est pas dans leur rédaction matérielle, plus ou moins ordonnée, qu'il faut considérer les constructions juridiques. Non, une construction est une création et, s'il est vrai de dire que toute création est l'œuvre d'un esprit, il n'en est pas moins certain que tout esprit est une parcelle de l'âme d'une nation. Plus que tout autre, le droit est une force, qui n'est pas figée aux formules légales, mais qui vit sa vie : les hommes passent, mais le droit reste et se transforme. Certes, son éternité n'est pas immutabilité, et c'est précisément parce qu'il se meut que le droit est éternel. De même que la vie limitée de l'être humain n'est pas uniforme, parce qu'elle subit, à des intervalles plus ou moins rapprochés, les atteintes de la maladie, selon que l'individu est plus ou moins résistant, de même le droit tombe en désuétude, mais ce n'est là qu'une maladie grave, sans doute, et non la mort. Les principes vitaux qui sont à sa base, l'âme d'une nation qu'il incarne ne meurent pas, et, pour renaître, il lui faudra bien peu de chose : se retrouver dans les mêmes éléments dont il est issu. C'est ainsi

que les avaries communes romaines, reflet de l'individualisme romain, parce que bàsées sur la notion romaine de propriété, furent éclipsées au VIII^e^ siècle par le retour des avaries communes rhodiennes, reflet d'une solidarité rhodienne, parce que basées sur une notion de copropriété solidariste.

Si, de ces deux conceptions antagonistes de la vie, l'une éclipsa l'autre, ce n'est pas parce que l'une était plus généreuse que l'autre, mais bien parce qu'elle répondait davantage aux nécessités du moment : le pouvoir n'était plus concentré en une seule main, mais dissocié en une multitude de puissances contraires. Dès que la moindre concentration se fut opérée du côté de l'ordre, les avaries communes romaines se juxtaposèrent dans les Basiliques à côté du droit rhodien. Dès ce moment, le droit romain avait acquis à nouveau force de vie; mais le règne de sa puissance n'était pas encore revenu, parce que l'ordre n'était pas complet ; il va végéter encore jusqu'au XIV^e^ siècle, adopté par les uns, rejeté par les autres, et marchera de pair avec une conception originale, offrant des traits de similitude certains avec le droit rhodien : celle du Consulat de la mer. C'est alors que, fidèle aux méthodes employées par Rome à la conquête du monde, le droit romain va accomplir dans le Consulat même un travail souterrain de destruction, et c'est quand il aura bien brouillé les cartes, que d'un pied victorieux il piétinera le Consulat, le traînant à sa suite comme un esclave. Ce droit battu eut, au cours des XVI^e^ et XVII^e^ siècles, un sursaut d'énergie; malheureusement il ne fut compris qu'à travers le droit romain, pour venir piteusement échouer dans notre droit français. Et, si nous voulons être juste, il nous faudra en tenir compte, car si nous n'agissions de la sorte nous fausserions les

caractères que nos avaries communes ont et doivent avoir dans notre droit.

Dans un premier chapitre nous montrerons la victoire du droit romain, dans un second l'asservissement du Consulat.

CHAPITRE I

La victoire du droit romain

Tout ce que nous avons dit jusqu'ici n'est pas le produit d'une imagination diffluente, mais la synthèse d'une réalité. Le droit romain, individualiste, ne pouvait pas admettre la délibération à l'égal d'une institution, parce c'eût été l'abnégation même des principes qu'il posait. Lentement et à coup sûr, après s'être immiscé dans le chapitre 239 du Consulat, continuant son œuvre destructive, il maintiendra : dans les jugements d'Oléron, le Guidon de la mer, l'Ordonnance de 1681, la délibération comme un acte de preuve formel pour ne lui donner en dernière analyse dans notre droit français que la valeur d'une règle d'utilité générale.

§ 1. — Le chapitre 239 du Consulat de la mer

La réalité du danger, son imminence, provoquaient en la personne du « magister navis » la « metus », c'est-à-dire une crainte si forte qu'il ne pouvait ne pas lui obéir, bien que conservant sa liberté entière d'action. Ses actes n'en trouvaient pas moins en elle sa justification ; sous l'empire de cette dernière, il intégrait dans sa volonté agissante les risques de mer, provenant uniquement de

la force majeure, parce que seuls, par leur caractère même de prévisibilité, ils étaient susceptibles de créer un pareil état d'âme. Le Seigneur du navire, au contraire ne recevait pas ses principes d'action de l'extérieur, mais bien, peut-on dire, de l'intérieur du navire : sa volonté agissante était toujours commissionnée par la « voluntas vectorum » ; dès lors, ce n'était pas la qualité du risque intégré qui le rendait commun, mais bien la commune volonté. Or, le chap. 239 nous présente précisément la lutte de ces deux conceptions antagonistes : la « metus » et la « voluntas vectorum ». Pour la première fois, dans le Consulat, nous voyons apparaître la notion de danger imminent, comme discriminatif d'action.

Le navire est à l'ancre, une tempête si forte s'élève que non seulement le navire ne puisse sortir, mais encore qu'il faille jeter une grande partie ou la presque totalité des marchandises qui sont à bord (1). Soit les marchands, soit le Seigneur du navire, jettent ou font jeter sans tenir la délibération réglementaire. Quid ? Ces derniers ne peuvent pas en mettre la responsabité sur Seigneur du navire, ni celui-ci sur les marchands (2). C'est également pour la première fois que nous voyons apparaître cette idée de responsabilité. Or, qui ne voit que cette dernière, précisément, est véhiculée par la « metus ? » N'est-elle pas une cause d'irresponsabilité ? D'ailleurs, nous trouvons la justification de notre manière de voir dans ces quelques lignes explicatives : « parce

(1) Que solament la dita nau o leny d'aquell loch levar no s'pora, ans haura a gitar de la roba gran part, qui en la nau o leny sera o quasi tota.

(2) Los dits mercaders no poden fer demanda al dit senyor de la nau o leny, ni lo dit senyor als dits mercaders.

que le jet qui aura été fait ou qui sera devenu nécessaire dans cette circonstance, ne doit ni ne peut être considéré comme jet régulier et ordinaire, mais presque comme un naufrage, et plus comme un naufrage que comme jet (1) ».

C'est donc bien le caractère de nécessité imposé par l'imminence du danger qui, provoquant la « metus », intègre le risque de mer dans la volonté agissante du Seigneur du navire. Quel est le résultat ? Ce jet, fait sans délibération, sera considéré plus comme un naufrage que comme jet. Ce jet à la romaine est ramené au type catalan : au naufrage, c'est-à-dire à l'« agermanament » parfait.

En voici la preuve : « ce jet doit être compté par sou et livre ou par besant suivant ce qui aura été jeté et le navire est obligé d'y contribuer pour deux tiers de sa valeur (2). » Si le navire ne contribue que pour deux tiers alors qu'il devrait contribuer par sou et livre comme les marchandises, c'est parce qu'il n'est pas un naufrage absolu (perço car no es naufraig integrament). Ce n'est pas un naufrage, ni simple jet, mais c'est presque naufrage, et plus naufrage que jet (3).

Ce n'est pas seulement dans l'acte matériel du jet que la notion de « metus », accompagnée de son discrimi-

---

(1) Perço car git qui per aytal rao sia stat fet o esdevengut, no s'deu ne s'pot iutiar per dret ne per pla git, ans se deu è s'pot iutiar quasi per semblant de naufraig que de git.

(2) Lo git desusdit deu esser comptat per sou et per liura ò per besant, segons que git sera, è la nau ò leny es tengut de metre per dues parts d'aço que valra.

(3) No ès naufraig ne git pla, as es quasi semblant de naufraig, è mes naufraig que git.

natif celui de naufrage (c'est-à-dire celui de perte totale) vient dissocier la « voluntas vectorum »; mais encore dans ses conséquences accessoires, tels que perte d'agrès, ancres, câbles, esquifs ou autres apparaux. Alors que, si le jet avait été régulier, la perte de ces instruments aurait été à la charge du Seigneur du navire, à moins qu'un « agermanament » antérieur, en dehors de tout péril, eût été fait; dans l'hypothèse de ce jet fait sans délibération, la computation aura lieu par sou et livre par ce même motif que cet événement ressemble plus à un naufrage qu'à un jet. De même, au cas où il n'y aurait pas de marchands à bord, la validité de ce jet fait sans délibération de l'équipage ne saurait être contestée au cas de péril imminent, et entraînerait les mêmes conséquences de droit au point de vue contributif que si les marchands eussent été présents, c'est-à-dire que ce jet aurait la valeur approximative d'un naufrage. En dehors du péril imminent, nous retombons dans la règle ordinaire. Une fois le jet fait, la tempête calmée ou non, entièrement ou partiellement, l'abandon volontaire d'apparaux ne saurait donner lieu à une contribution réglementaire que si un « agermanament » imparfait a été fait (le prix doit en être payé par contribution sur les marchandises restées ou sauvées et le corps du navire doit y participer pour la moitié de ce qu'il vaudra).

La preuve irréfutable que la « metus » implique par elle-même la notion de perte totale, qui se traduit objectivement par cette assimilation juridique à un naufrage, c'est ce fait que les dépenses faites pour sauver des apparaux qui allaient se perdre seront payés comme si ces apparaux étaient perdus, à la condition que le jet n'aura pas été ordinaire mais considéré comme équiva-

lent à un naufrage (1). Ainsi donc, il est parfaitement exact d'affirmer que le droit romain accomplit dans le Consulat une œuvre destructive. La « metus » impliquée dans l'imminence du péril, exonérative de toute responsabilité, exige pour sa valeur contributive, par contre-partie à la totalité ou communauté de perte qui la conditionnent, une totalité ou communauté de salut. Devant une telle figuration, une délibération n'a plus d'objet, car elle avait précisément pour but de rendre le danger commun.

Par cette brèche faite dans le Consulat, le droit romain ne va pas cesser de s'étendre. Ce ne sera pas seulement pour l'imminence du péril qu'il va prévaloir, mais pour toute prévisibilité.

§ 2. — Les rôles ou jugements d'Oléron

Les rôles ou jugements d'Oléron, que Pardessus (2) caractérise comme « une collection d'actes de notoriété attestant la jurisprudence sur les cas jugés », ont une existence authentique, au milieu du XIII[e] siècle, c'est-à-dire à peu près à la même époque où la rédaction du Consulat de la mer a pu être faite. Or, nous constatons que les jugements d'Oléron ne font que reproduire les solutions romaines.

Le capitaine, potentat romain, réapparaît ; la délibération n'est plus qu'un acte de preuve formelle. Le fait que c'est bien de la nécessité provenant de la « metus », résultant de la gravité de la situation, que le capitaine

(1) Que lo dit git no fos pla, ans deu esser entes, que fos git semblant a naufraig.

(2) Pardessus : Us et coutumes de la mer, p. 249.

retire son pouvoir d'action, est prouvé par les paroles mêmes qu'il adresse aux chargeurs avant de faire jet : « il est nécessaire de jeter les marchandises pour sauver les marchandises ». (Seignors, nous ne pouvons eschaper sans jettre des vins et des darrées). Si les chargeurs adhèrent à cette proposition et consentent au jet, il a lieu ; s'ils n'y consentent pas, le patron n'en a pas moins le droit de faire le jet lorsqu'il le croit nécessaire (les marchantz, si en y a, repondront leur volunté qui agréeront bien de ce giectement si que les resons du mestre sont les plus cleres, et s'ils ne gréent mye, le mestre ne doit pas lesser pur ce qu'il n'en giecte tant qu'il verra que bien soit). Comme l'écrit excellemment M. Haralambidis (1) : « Ce n'est donc pas une autorisation qu'on donne au capitaine ; l'avis des chargeurs n'est qu'une précaution. Ce n'est point leur consentement qui les oblige à contribuer aux avaries communes. » De même que la délibération du Consulat avait besoin d'être concrétisée dans une rédaction contractuelle, de même ce caractère de nécessité, à une époque essentiellement formaliste et religieuse, a besoin d'être objectivée dans une modalité de preuve particulière : le serment sur les saints évangiles, du capitaine et de trois hommes de l'équipage, que le jet a été fait pour sauver l'équipage, le navire et le reste du chargement (pur saufver leurs corps, la neef et les darrées et les vyns). Quel résultat au point de vue contributif ? « Les choses jetées doivent être estimées entre les chargeurs comparativement au prix de la vente des objets sauvés, et le prix en être réparti, au marc la livre, sur ces derniers et sur le navire, ou sur le fret au

(1) Haralambidis, n° 18.

choix du patron. » (Ceux qui seront gieclés hors deibvent estre apprisés à fur de ceux qui seront venus en saufveté et seront partis livre par livre entre les marchantz ; et y doit partir le mestre a compter la neef ou son fret à son choix pour restorer le damage). C'est là le critérium sensible qui nous prouve que nous avons affaire à une contribution romaine : réparation de la perte éprouvée par évaluation comparative de la valeur perdue par la valeur sauvée. Cette modalité contributive est d'ailleurs générale : toute mesure extraordinaire, c'est-à-dire mesure nécessitée par l'imminence du péril, telle que rupture des câbles, abandon des ancres, entraîne une contribution similaire à celle du jet (art. 9).

M. Haralambidis a très exactement déduit de ce fait, prévu par l'article 4, qu'au cas où le navire devenant au cours du voyage hors d'état de continuer sa route, on doit sauver le plus que l'on peut des choses chargées (l'en saufve le plus que l'en poet des vyns et des autres darrées), « le capitaine est légalement obligé de soigner la marchandise et de faire tout ce qui est nécessaire pour éviter sa perte. En le faisant, par conséquent, il n'agit point comme gérant d'affaires puisqu'il ne fait qu'exécuter une obligation qui lui incombe. » C'est là encore une manifestation tangible de la technique romaine : le capitaine est de par le contrat de transport un dépositaire ; il en a toutes les obligations et, s'il lui arrive d'être le maître de son dépôt, c'est par « extraordinaire », c'est-à-dire dans un état de péril tel que la crainte de perte totale des choses déposées le pousse à sacrifier les marchandises des uns pour sauver celles des autres. Si dans les rôles d'Oléron, comme le constate M. Haralambidis (1), « on

(1) Haralambidis, n° 19.

ne trouve plus le partage conventionnel des pertes fortuites tel que nous l'avons trouvé dans les lois rhodiennes, ce n'est pas parce que « le contrat d'assurance mutuelle n'est plus sous-entendu (le rapprochement de fait entre cette institution, le contrat de sociétés, et l'avarie commune que nous avons rencontrée dans les Basiliques a disparu) », c'est tout simplement parce que les conceptions romaines ont prévalu.

A mesure que nous allons quitter le moyen âge, période de troubles, pour nous approcher de l'époque moderne, période d'excessive concentration, plus les caractères du droit romain apparaîtront avec d'autant plus de netteté, plus l'importance de la délibération, déjà réduite à une simple preuve, s'amoindrira.

§ 3. — Le Guidon de la mer

Le Guidon de la mer se place entre les années 1556-1584. Son principal objet est l'étude des assurances maritimes. Comprenant 20 chapitres, le chapitre V est spécialement consacré à la matière des avaries. Jamais les caractères du droit romain ne se sont affirmés avec autant de netteté, jamais la délibération n'a eu une aussi minime importance ; c'est à peine si l'article premier du chap. VIII « Des attestations » en fait allusion. Un fait tout d'abord s'impose à notre observation, c'est qu'il s'agit uniquement de la délibération de l'équipage. C'est donc que les marchands ne sont plus à bord : la concentration dans l'ordre s'est opérée, la délibération changeant de nature, elle n'a plus le même caractère. Tandis que, jusqu'ici, cette dernière avait eu de toute façon pour but de réaliser un consentement, elle n'a dans le Guidon de la mer que la valeur d'une attestation, d'un témoignage

de la cause des avaries et encore est-ce avec une certaine méfiance qu'elle est appréciée: « mais, si la périclitation, naufrage, rachat et composition, ou avarie, se peut faire attester par autres moyens que par la deposition de l'equipage, ce sera le plus seur, d'autant que le temoignage de l'equipage est toujours suspect... » Cette déchéance de la délibération n'est-elle pas l'œuvre de préoccupations romaines ? La preuve n'est plus la même, parce que la délibération n'a plus le même caractère. Ce qu'il faut prouver, c'est l'origine du danger et non plus un accord de volontés. Le danger par son caractère d'imminence, c'est-à-dire de force majeure, créait la Communauté, tandis que le danger était fait commun par la commune volonté. Par suite, tout ce qui est susceptible d'altérer l'origine du péril a incontestablement pour effet de modifier la nature juridique de l'avarie: comme en droit romain, la faute, le vice propre sont exclusifs de l'avarie commune. « Le maistre porte tout ce qui advient par sa faute ou de son navire » (art. 6). La définition de l'avarie commune par le Guidon de la mer sera donc la suivante : « celle qui advient par jet, pur rachapt ou composition, pour cables, voiles ou mast coupez pour la salvation du navire et marchandises » (art. 1). Comme en droit romain (1), la contribution ne portera pas uniquement sur les « marchandises à fret » « mais aussi sur les marchands passagers, non à cause de leurs personnes, mais des pierreries, or, argent, ou precieuses danrées qu'ils porteront sur eux » (art. 26). L'estimation en sera faite « non au regard de ce qu'ils occupent ou tiennent de place en la nef, mais à sçavoir de celles qui sont jettées au prix de la carguaison, et de celles qui restent au prix

(1) D. 14,2. De lege Rhodia de jactu, fr. 2, 4.

qu'elles valent en l'essence comme elles sont » (1) (art. 27). L'article 28 reproduit à merveille l'idée de base de la contribution romaine: si, après avoir jeté, le navire se perd (on ne contribuera et ne sera avarie, car il n'y a avec qui contribuer) (2). Le Guidon de la mer (art. 32) a également soin de préciser, comme l'avait fait le droit romain, que le jet ne comporte pas abandon de propriété (3).

Ainsi donc, nous sommes en droit de dire que le droit romain a définitivement acquis droit de cité.

§ 4. — L'Ordonnance de la Marine de 1681

L'Ordonnance de 1681 (4) s'occupe des avaries au livre III « Des contrats maritimes », titre VII « des avaries » et titre VIII « Du jet de la contribution », division vicieuse reproduite mal à propos par notre Code de commerce. Le droit de l'Ordonnance est à n'en pas douter, dans son ensemble, une copie textuelle du droit romain. La définition des avaries est une définition romaine: « Les dépenses extraordinaires pour le bâtiment seul ou pour les marchandises seulement, et le dommage qui leur arrive en particulier, sont avaries simples et particulières et le dommage souffert pour le bien et salut commun des marchandises et du vaisseau sont avaries grosses et communes (5). » L'Ordonnance a scindé en deux la notion de dommage: elle ne considère pas seule-

(1) D. h., t., 2, § 4.

(2) D. h., t., 4.

(3) D. h., t., 2, § 8.

(4) Isembert : Recueil général des anciennes lois françaises, t. XX (1672 à 1686).

(5) Art. 2, titre VI.

ment la matérialité du fait, mais encore ses conséquences. Ce caractère d'extraordinarité qu'elle exige, n'est-ce pas là une conception romaine ? La dépense, le dommage, sont extraordinaires parce qu'ils sont appelés par l'imminence d'un danger, tel qu'il est susceptible de créer une Communauté par la totalité de pertes qu'il représente.

Mais la délibération n'a pas disparu; elle est là spécialisée au cas de jet et nous devons remarquer qu'elle a une certaine importance. Deux faits nous frappent, c'est la réapparition en premier lieu du notaire de mer qui prend ici le nom d'écrivain. Ses obligations sont identiquement les mêmes que dans le Consulat de la mer : l'écrivain, ou celui qui en fera la fonction, écrira sur son « registre, le plus tôt qu'il lui sera possible, la délibération, la fera signer à ceux qui auront opiné, sinon fera mention de la raison pour laquelle ils n'auront pas signé et tiendra mémoire, autant que faire se pourra, des choses jetées et endommagées (1). » En second lieu, nous remarquons que la quotité de la contribution est la même que celle de l'« agermanament » dans l'hypothèse du jet : « la répartition pour le paiement des pertes et dommages sera faite sur les effets sauvés et jetés, et sur moitié du navire, au marc la livre de leur valeur. » Certes, nous ne devons pas manquer de nous apercevoir que les règles catalanes ne présentent pas ici le même caractère de rigueur. Cette atténuation nous est nettement soulignée par l'article 1er du titre VIII : « Si par tempête, ou par chasse de l'ennemi ou de pirates, le maître se croit obligé de jeter en mer partie de son chargement, de couper ou forcer ses mâts, ou d'abandonner ses ancres,

(1) Art. 4, titre VIII. Du jet et contribution.

il en prendra l'avis des marchands et des principaux de l'équipage. » Et l'art. 2 ajoute : « S'il y a diversité d'avis, celui du maître et celui de l'équipage sera suivi. » Le maître a donc une certaine liberté que n'avait pas le Seigneur du navire, et bien plus son caractère romain s'affirme nettement par cette subordination des marchands au maître, tandis que dans le Consulat de la mer, c'était la majorité des marchands qui commandaient au Seigneur du navire.

Comment donc se fait-il qu'après deux siècles d'histoire nous voyons réapparaître le Consulat de la mer? Oh ! certes, combien transfiguré et meurtri dans ses assises mêmes ! Ce sursaut d'énergie est le dernier soubresaut d'une longue période d'asservissement.

CHAPITRE II

L'asservissement du Consulat

Dans un premier paragraphe nous montrerons l'adoption du Consulat, dans un deuxième nous soulignerons son incompréhension.

Section I

L'adoption du Consulat

Dès la première édition qui fut donnée par Capmany en 1494, l'influence du Consulat fut considérable. Il ne subit pas moins de deux remaniements en 1519 et en 1539. Dès 1549, des traductions furent faites en italien formant ce que l'on appelle « la vulgatte italienne » dont la meilleure nous est donnée par la dissertation Venetia de 1564 par Francisco Lorenzini. La littérature de droit maritime des XVI[e] et XVII[e] siècles le mentionne expressément à côté d'autres sources. Pour la première fois, Straccha, en 1553, dans son « Tractatus de mercature seu mercatura » nous en parle expressément. De même Ferretus dans le « de jure et re navali » (Venet, 1579),

Quintin Weytsen dans « Tractat van't recht der Niederlandsche avarijen, § 19, 47, » louent abondamment le Consulat. M. de Flicq, commentateur de Weytsen (Amsterdan, 1672), nous rapporte cinq citations relatives au Consulat. Cependant, il n'est pas permis de dire que le Consulat ait, dès cette époque, force de loi. C'est ainsi que Cleirac dans les « Us et coutumes de la mer» (1647), à l'art. 2 renvoie, en ce qui concerne la délibération et les modalités de la contribution, aux art. II, VIII, IX des jugements d'Oléron. C'est ainsi encore que Vinnius (1647), dans « Peckius a tit. D. et Cod. ad rem nauticam pertinentes commentarii », renvoie à ad leg. Rhod. 1. 2. D. (ed. Amstelod. 1668, p. 195, note a.), que l'Espagnol Juan de Hevia Bolanos (1619) dans « Curia Filipica » (Livre III) et Commercio naval (c. 13, n° 4 — édit. Madrid, 1717) renvoie au règlement espagnol pour les Indes et au droit romain.

L'adoption proprement dite du Consulat n'eut lieu qu'aux environs de 1680, époque à laquelle fut prise l'Ordonnance de la marine de 1681. L'adoption du Consulat pour la Méditerranée nous est signalée par Targa « Ponderazioni sopra la contrattazione maritima », par Casaregis « Discursus 19, n° 2 et s. » en ces termes : « Uti universalis consuetudo non minus legis vigorem in se habens communiter apud omnes provincias et nationes recepta », par Emerigon « Traité des assurances, I, p. IX, X » : les 294 ou 296 premiers chap. du Consulat ont force de loi à Marseille pour tous les points auxquels il n'a été dérogé ni par l'usage de nos lois, ni par l'usage actuel du commerce. » Le Consulat ne fut pas seulement adopté dans la Méditerranée, mais encore dans la mer du Nord. A. Duck dans le « de usu et auctoritate juris civilis Romanorum (Lugd. Batav., 1654,

liv. II, chap. VIII, part. 3, n° 25), Kent dans le « Commentaries on american law (12 ed., vol. III, p. 21 et s.) nous montrent spécialement cette adoption en ce qui concerne l'Angleterre.

Section II

Son incompréhension : le germinamento

Le Consulat de la mer ne fut pas compris par les auteurs de droit maritime de cette époque. On apprécia la législation catalane à travers la législation romaine, avec d'autant plus de vraisemblance, semble-t-il, qu'un de ses chapitres, le chapitre 239, avait déjà subi les rudes à-coups du droit romain. C'est sur cette infime partie que les auteurs italiens de la Vulgatte, imbus d'esprit romain, vont édifier une théorie nouvelle : le germanimento, qui n'est pas l'« agermanament » catalan. Cette erreur se perpétuera jusqu'à nos jours.

§ 1. — Targa et Casaregis

Pour la première fois, en 1692, le Gênois Targa, dans son édition de la Vulgatte italienne, traite en détail au chap. 76 « del germinamento ». « Ce n'est pas autre chose, nous dit-il, qu'une résolution prise par le capitaine, par les chargeurs présents, et, en tout cas, un tel non présent, par la plus grande partie de l'équipage, résolution qui a été consentie et exécutée de porter quelque chose volontairement dans le péril de mer (divolere volontariamente arrischiarsi), c'est-à-dire de supporter un sacrifice pour pouvoir partager plus tard le dommage sur le bien sauvé. »

D'après Targa, le germinamento serait une expression

de capitaine (vocabulo marinaresco) (1). Comme cas types de germinamento, Targa nous cite la délibération pour le jet du navire, la délibération prise dans d'autres cas de péril imminent « si germina », et même la délibération prise par avance dans un port, dans la crainte d'un péril éloigné, par exemple la venue des pirates de mer. Targa ajoute que ces délibérations constituent beaucoup plus un « accommodement de commerce public » (concerto mercantilo) qu'à proprement parler un germinamento, et il précise que cette délibération n'est sujette à aucune forme particulière. Sa conclusion (chap. 77) est que la contribution a lieu, à n'en pas douter, sans germinamento, même au cas de jet (eziandio che non si sia germinato). Enfin, Targa distingue au chap. 58, faisant suite entièrement au chapitre d'une addition très tardive du Consulat (chap. 239), deux espèces de jet à la mer « ghettito piano », le jet ordinaire, qui se pratique d'après les formes du Consulat et du Statut de Gênes de 1588-89, liv. IV, chap. 16, et le jet extraordinaire, en particulier sans délibération antérieure. Targa constate que ce dernier jet est de beaucoup le plus usité, car, dans 60 ans de pratique de droit maritime, à peine a-t-il vu 4 ou 5 jets de navire accomplis dans les formes prescrites. Ainsi donc, il n'est pas douteux que Targa avait déjà devant les yeux l'idée exacte d'une Communauté de périls conforme à une Société

(1) C. 76. — « Agerminé : come che di piu rami e cose distinte in piu parti se ne constituisca formalmente unum germen o sia una unione ed un corpo in quanto all' interesse o sia un capitale o fondo di participatione a ripartirsi, poi a lira soldo e danaro, o si a rata per porzione dell' interesse d'ognuno, riducendosi accidentalmente ad una spezie di societa. »

avec l'établissement d'un fonds de compensation (capitale o fondo, di participatione, chap. 76) mais non l'acte de fondement de cette société, mais seulement la résolution de jet à la mer qu'il nomme germinamento.

Si Targa est le protagoniste du germinamento, Casaregis en est le théoricien. Casaregis expose dans le « Discursus legales de Commercio » la théorie du germinamento. Au Discursus 45, nos 25 et s., Casaregis veut que le jet du navire ait lieu « voluntate navigantium » (1), mais toutefois il distingue deux jets : « unum quod dicitur regulare sive planum (piano) — alterum irregulare qui a periculo instantaneo procedit ». Le jet régulier est soumis à des formes, afin de ménager le chargement du chargeur, tandis que le jet irrégulier est par lui-même valable, à la condition que ce jet ait eu lieu, comme s'il s'agissait d'éviter un très grand péril. Au Discursus 19, n° 2, Casaregis décide que, en cas d'absence des chargeurs, le capitaine peut renoncer à la délibération de la même manière qu'il pourrait entreprendre de sa propre autorité le jet, si les marchands s'y opposaient irraisonnablement. Dans le « Spiegazione del Consolato » (chap. 97, 109, 190, 229, 281), Casaregis périphrase le Consulat, sans en donner une pénétration plus profonde, et identifie la délibération du navire avec l' « agermanament » du Consulat (2). A l'article 281 de la

(1) Disc. leg. de commercio, nos 25 et s : «Quia capitaneus in omni jactu fiendo ob metum explorare prius debet voluntatem mercatorum vel navigantium, quod vulgo dicitur « aggerminamento » et de eorum voluntate jactum facere, et si aliter fit, ad nullam avariam sive contributionem domini mercium tenentur. »

(2) Spiegazione del Consolato, c. 192 : perche tutto quello che dovra fare, il faccia sempre con germinamento, cioe col consiglio del nocchiero, dello scrivano e di marinari. »

version italienne du Consulat. Casaregis pose nettement la distinction du « getto regolare (piano) et irregolare », qui est analogue au naufrage.

Les écrivains postérieurs systématiseront en partie l'œuvre de Targa et de Casaregis. C'est ainsi que Azuni : « Dizionario universale regionato, della jurisprudenza mercantile (2e éd., 1 vol., Livorno 1822) admet le germinamento non seulement pour le cas du jet du navire, mais encore pour le cas de périls imminents et, quelquefois même, au départ du navire ; il distingue le « germinamento regolare et irregolare ». C'est ainsi encore que Baldasseroni, dans le « Trattato della assecurazione marittima, tom. III (Florence, 1876), p. 9,11, parle de « perfetto germinamento », c'est-à-dire avec délibération précédente et assentiment. L'érudition diserte de Piantianida « Della jurisprudenza maritima commerciale antica e moderna (tom. II, Milano, 1806, p. 227, 292) ne fait qui suivre Azuni et Baldasseroni.

§ 2. — Les auteurs français du XVIIIe siècle

Les grands auteurs français de droit maritime du XVIIIe siècle s'attachent étroitement à l'Ordonnance de la marine de 1681, qui repose entièrement sur une base italienne. Valin (vers 1766), ordonn. III, art. 1, 2, justifie les prescriptions de cette dernière, uniquement d'après des raisons d'utilité.

Le sagace Emerigon, dans son « Traité des assurances et des contrats à la grosse » (1783, t. I, p. 601 et s.), va plus au fond. C'est ainsi qu'à la p. 601 de son ouvrage, il écrit : « l'obligation (devoir ou contrat)? de contribuer indéfiniment à la perte commune s'appelle en Italie « germinamento », c'est-à-dire mettre en commun

et en bloc le vaisseau et la marchandise (tanquam in unum germen) » (rappel de Targa, Consolat et Daix, sur le statut de Marseille) ; — un peu plus loin, à la page 605, il distingue deux sortes de jets : le régulier et l'irrégulier (rappel de Targa et Casaregis).

§ 3. — L'investigation historique moderne

L'investigation historique moderne n'a pas obtenu le discernement exact de la vraie signification d'agermanament, mais il n'est pas douteux qu'elle s'y achemine.

Fréméry, que Goldschmidt appelle le plus génial chercheur français, nous montre, dans ses « Etudes du droit commercial (1833), p. 200 », l'agermanament du Consulat comme un accord entre le capitaine et les chargeurs, par lequel navire et cargaison sont réunis en une masse unique en vue de la contribution pour les accidents de mer. A la page 283 de ce même ouvrage, Fréméry nous présente l'agermanament comme un contrat, par lequel les chargeurs sont obligés les uns envers les autres et par lequel également le capitaine est tenu de supporter en commun les dommages correspondant au navire et à la cargaison ; c'est donc une espèce d'assurance.

Pardessus ne fait que répéter Fréméry et il conclut (Coll. II, p. 20, 21) que le Consulat a, à côté d'un système de contribution légale, le droit romain, un système de contribution conventionnelle, dans lequel par le contrat et sans doute à volonté pour chaque cas (voir Coll. I, p. 141, 668) pouvait être fondée une Communauté de contribution. A la coll. II p. CXXXII, il trouve, aussi bien dans la compilation pseudo-rhodienne et dans les droits maritimes de Trani et de Venise que dans le Consulat, une véritable assurance de mutualité ; précisé-

ment il ne cesse de répéter cette opinion au bas des notes du Consulat : par ex. coll. II, p. 104, 105, 106, plus particulièrement p. 166, 170, 214. A la coll. I, p. 219, Pardessus précise : « des contrats connus en Italie sous le nom de « germinamento », parce que la totalité du navire et du chargement est considérée comme un tout « unum germen » dont chaque partie est solidaire des pertes que les autres éprouvent par des cas fortuits ».

Alauzet, dans son « Traité général des assurances » (1843, I, nos 25 et s., trouve dans les dispositions du Consulat des sortes d'assurance de mutualité, qui se sont présentées primitivement en Italie sous le nom de « germinamento ». Malgré ce, Alauzet a quelques doutes et, se prononçant sur l'étymologie, il conclut que l'« unum germen ou l'agermanar espagnol » signifie association. Or, Goldschmidt conteste formellement que jamais, ni dans le vieux catalan, ni dans la langue espagnole « agermanament » ait pu avoir cette signification. Alauzet précise davantage sa pensée : « Ce ne sont pas, dit-il, de véritables assurances de mutualité, parce que ces dernières sont plus jeunes que les assurances à prime. » Goldschmidt relève cette erreur et, à son avis, les deux espèces d'assurance courent historiquement l'une à côté de l'autre. Ce n'est seulement que l'assurance à prime pleinement formée qui visiblement est apparue plus tôt que l'assurance de mutualité qui, à ce moment-là, était pleinement développée. Pour Alauzet, l'« agermanamento » serait en définitive une modification générale d'une loi de contribution valant pour le cas d'avarie. Alauzet méconnaît donc que le devoir de contribution catalan est fondé sur un lien de majorité, sanctionné juridiquement sur le terrain contractuel.

E. Cauvet, dans son « Traité des assurances mariti-

mes », I (1879), p. XV, XVI, pense établir que l'« agermanament » est une assurance de mutualité, à l'aide d'un rapprochement entre le droit d'Ancône et celui du Consulat, que Goldschmidt n'a pas de peine à démontrer comme inexact.

Travers Twiss traduit sans aller plus loin « agermanament » par « contract of mutual guarantee » par association (Glossary, IV, p. 202 ; III, p. 362).

Dufour, « Droit maritime », I (1859), n° 6, écrit qu'à l'inverse du droit qui n'a vu qu'un cas d'avarie particulière dans l'endommagement du navire menacé, l'« agermanament » fait communs tous les dommages.

Pour résumer l'erreur de la doctrine, Goldschmidt nous rapporte la conclusion d'une critique savante de Duhn (1) : « sous l'impulsion des circonstances on a donné à la délibération un sens qu'elle n'avait pas », et nous croyons préciser, en répétant à nouveau qu'on a considéré cette dernière sous sa forme extérieure contractuelle, alors que le véritable fondement de l'institution était un lien légal de majorité.

---

(1) Duhn. Z. f. H. XIV, p. 220.

TROISIÈME PARTIE

PÉRIODE CONTEMPORAINE

TITRE I

CARACTÉRISTIQUES DE L'AVARIE COMMUNE

Nous arrivons avec la période contemporaine à l'étude positive de notre sujet. Dans un premier titre, nous étudierons les caractéristiques de l'avarie commune ; dans un second, tout théorique, le fondement juridique.

CHAPITRE I

Mécanisme

L'étude historique a permis de dégager nettement l'institution de la délibération, le rôle essentiel du capitaine, l'importance de ses actes, la portée de son initia-

tive, donnant naissance à l'action en contribution. Ainsi donc :

1° La délibération du navire ;

2° Le capitaine ;

3° L'acte volontaire.

Section I

La délibération du navire

On a méconnu le sens de la délibération. Ce que nous nous attacherons surtout à démontrer, c'est que la délibération n'est pas autre chose que l'acte d'« agermanament », transposé par le « germinamento ». C'est une manifestation tangible de la vitalité de la Communauté juridique de risques romaine.

Nous diviserons cette section en deux paragraphes :

1° Le germinamento et l'art. 410. L'« agermanament » et l'art. 400 *in fine*. La jurisprudence française ;

2° La doctrine et les législations étrangères.

§ 1. — Le germinamento et l'article 410. « L'« agermanament » et l'article 400 in fine. La jurisprudence française.

A notre avis, il n'est pas douteux que le « germinamento » italien trouve sa place dans notre droit dans l'article 410. Cette délibération, spécialisée au cas de jet, est la reproduction similaire de celle contenue dans l'Ordonnance de la marine aux art. 1 et 2 du titre VIII. L'imminence du péril : tempête, chasse de l'ennemi (cette énumération n'a rien de limitatif) laisse place à toute prévisibilité. Le capitaine se croit donc obligé. Comme le dit fort bien M. Haralambidis, l'état de nécessité

n'est pas manifeste (1) : la manifestation du péril n'est pas telle que, susceptible d'entraîner la perte totale du navire, le capitaine ne puisse réagir et par des mesures appropriées (jet d'une partie du chargement, rupture des mâts, abandon des ancres) il ne doive espérer localiser les risques, et ce, pour le salut du navire, c'est-à-dire non seulement de l'instrument de navigation, mais encore de la cargaison qui se trouve à bord. Dans ces conditions de fait, le capitaine « prend l'avis des intéressés au chargement qui se trouvent dans le vaisseau et des principaux de l'équipage. S'il y a diversité d'avis, celui du capitaine et des principaux de l'équipage est suivi ». Nous retrouvons donc bien ici, tout comme dans l'Ordonnance de 1681, ce lien légal de majorité que nous ne pouvons pas ne pas retenir. Le « germinamento », institution spécialisée, synthèse des conceptions romaines et catalanes, devait nécessairement entraîner à sa suite une disposition essentielle de la législation qui lui avait donné naissance : l' « agermanament ». De même que la volonté agissante du Seigneur du navire intégrait tous risques de mer, à la condition d'avoir été commissionnée par un accord de volontés : « agermanament », sanctionné sur le terrain juridique par une « convinença », de même l'article 400 *in fine* de notre Code, dans la définition des avaries communes qu'il donne, met incontestablement en relief cet acte de volonté, qui est, à n'en pas douter, un acte d'« agermanar ». Ce ne sont pas seulement les dommages soufferts, mais encore les dépenses faites qui doivent avoir été provoquées par l'action volontaire du capitaine, et ce,

(1) Haralambidis, n° 90.

d'après délibérations motivées. Ainsi donc, il n'est pas possible d'avoir une compréhension exacte de l'art. 400 si on ne le rapproche de l'article 410.

Nous n'avons pas à nous préoccuper de la question de savoir si « les rédacteurs de l'Ordonnance et ceux du Code de commerce ont eu tort de parler de la délibération en termes tels qu'ils semblaient en faire une condition de l'avarie commune » (1), nous constatons simplement un fait, c'est qu'elle existe. Dès lors, nous croyons pouvoir affirmer que le droit romain, qui a véhiculé dans notre droit l'institution catalane de la délibération, devra être vivifié, élargi, ramené aux nécessités de notre époque, par cet esprit médiéval sans doute, mais aussi moderne, du Consulat de la mer. Certes, nous n'allons pas nous mettre en révolte contre l'œuvre jurisprudentielle et doctrinale qui s'est dressée toute entière contre la délibération. Nous ne sommes pas sans ignorer, en effet, qu'un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 12 juin 1894 (2), a déclaré que, dans notre droit, la délibération n'avait que la valeur d'un mode de preuve dont il peut être suppléé par le rapport de mer, et qu'une jurisprudence constante a abondé dans ce sens. Nous le reconnaissons d'autant plus aisément que cette interprétation correspond à la vérité historique ; il n'est pas douteux que les avaries communes françaises, essentiellement romaines par les solutions envisagées, ne peuvent pas s'accorder avec la rigueur d'une délibération qui est, non seulement la manifestation de préoccupations d'un autre âge, mais la traduction de conceptions juridiques et économiques, qui ne pouvaient pas être celles de

(1) Danjon : Traité de droit maritime, t. III, n° 890.
(2) D. 95.1.41 ; S. 95.1.161.

Rome. Historiquement, il nous a été possible de constater l'œuvre destructive du droit romain, et la doctrine aussi bien que la jurisprudence française sont en harmonie avec la réalité des faits en soumettant la délibération à l'appréciation souveraine des juges (1), en déclarant que l'obligation de délibérer cesse du moment où il n'est pas possible de la tenir (2). C'est entendu, la délibération n'a plus que la valeur d'une règle d'utilité générale, et n'est plus que le vestige d'un formalisme passé, mais vestige précieux, car, sous lui, par derrière lui, nous apercevons ce lien légal de majorité, reculé dans le lointain, sans doute, mais qui doit être ramené sur la scène juridique, si l'on veut donner à l'institution de nos avaries communes une physionomie exacte.

§ 2. — **La doctrine et les législations étrangères**

Il n'est peut-être pas sans intérêt de montrer que les grandes controverses sur la valeur de la délibération se sont élevées chez les doctrinaires étrangers, notamment en Angleterre et en Allemagne, bien avant qu'elles ne se fussent produites chez nous, et que si, à la vérité, l'évolution actuelle tend à la suppression complète de la délibération, elle n'en existe pas moins encore dans certaines législations modernes.

Eoard, auteur anglais qui écrivait en 1886, dans un

---

(1) De Courcy : Questions de droit maritime, I, 236 ; Morel : Sur les avaries communes, p. 15.

(2) Cass. 8 juin 1891 (D. P. 92.1.476; S. 92.1.341); Cass. 18 octobre 1892 (D. 92.1.390) ; Aix, 10 mars 1859 (S. 61.2.271 ; D. 61.2.40); Cass. 10 août 1880 (S. 80.1.421 ; D. 80.1.448); Caen, 19 décembre 1889 et Cass. rejet 8 juin 1891 (S. 92.1.121 ; D. 92.1.276).

livre intitulé « Law of merchant shipping », remarque : « Deliberation is required or the equivalent, vic. subsequent proof of the propriety and necessity of the act. » De même Hopkins (1) ne décrit la prise de résolution d'un conseil que comme utile et d'usage. L'éminent écrivain écossais J. Bell (2) ne considère la nécessité d'une délibération avec l'équipage que comme un critérium de l'acte de sacrifice fondant un droit de contribution. Dans cet ouvrage nous est rapporté un jugement du « Chief justice Lord Kenyon » de 1810 qui déclare que la vieille règle de délibération antérieure est à considérer uniquement comme règle de preuve (3). J. Bell termine en faisant remarquer que la distinction subtile entre « regular et irregular gettison » est en pratique inutilisable, que le jury doit avant tout vérifier si les prescriptions juridiques d'un acte de sacrifice sont remplies ; pour le reste, le capitaine doit avoir, en cas de nécessité, les mains libres. Th. Parsons (4) nous dit que la délibération a pour seul but de montrer que le jet du navire a eu lieu avec réflexion (deliberatuly).

En Allemagne, certains auteurs, tels que Benecke (5),

---

(1) Hopkins : A handbook of average, 4e ed. (London, 1884), p. 23.

(2) J. Bell : Commentaries on the law of Scotland, 7e ed. by M. Laren (Edimbourg, 1870), p. 631.

(3) « Is rather founded in prudence, in order to avoid dispute, than in necessity, it may often happen, that the danger, is too argent to admit of any such deliberation ».

(4) Th. Parsons : Law of business. New. ed. (Hartford, 1885), p. 341.

(5) Benecke : System des Assekuranz und Bomereidwesens, IV, p. 89, 13, 14.

Pölhs (1), Kaltenborn (2), s'étaient attachés à l'institution de la délibération, mais une réaction se produisit avec Nolte (3) et Nizze (4). Des auteurs comme Tecklenborg (5) déclarèrent que la délibération du navire est de nos jours une formalité vide de sens.

Cet état d'esprit de la doctrine devait influer nécessairement sur les législations postérieures. C'est ainsi que, pour les pays de langue anglaise, les Codes comme le « Civil code of Lower Canada (1873), » le « Civil code of New-York de 1865 ne contiennent aucune mention de l'institution très ancienne de la délibération. Dans des codes plus récents, tels que le Code de Colombie et de Costa-Rica, la délibération est maintenue. L'art. 289 du Code colombien stipule que c'est au Conseil des officiers du navire qu'il appartient d'ordonner l'exécution des dommages et des frais qui rentrent dans l'avarie grosse et que « les décisions de la majorité du Conseil seront exécutées nonobstant l'opposition des chargeurs ou des subrécargues et sous la responsabilité de deux des membres qui y ont pris part ». L'art. 879 du Code de Costa-Rica précise que « lorsque les chargeurs, étant présents, n'ont pas été consultés sur la décision à prendre dans le cas de l'art. précédent, ils seront dispensés de contribuer à l'avarie commune ». Le Code espagnol, dans son art. 813, contient la disposition suivante : « Pour faire les frais et causer les dommages qui constituent

---

(1) Pölhs : Seerecht, p. 631.

(2) Kaltenborn : Europaïschen Seerecht, I, p. 156, 165 ; II, p. 78, 83.

(3) Nolte : Benecke's System, II, p. 251, 388.

(4) Nizze : Das allgemeine Seerecht, I, p. 341.

(5) Tecklenborg : Handlexikon für Rheder 1856, p. 376.

une avarie grosse, il faudra une décision du capitaine, après une délibération préalable avec le pilote et les autres officiers du navire, et après avoir entendu ceux qui ont un intérêt dans la cargaison, s'ils sont présents. »

A l'heure actuelle, il est incontestable que dans le développement moderne du droit, l'institution de la délibération ne trouve aucune place. Le Code italien (art. 643-647), portugais (art. 635), roumain (art. 655), japonais (art. 638) l'ont supprimé, et, plus près de nous, le Code allemand (art. 700) la loi belge du 10 février 1910, la loi grecque du 17 avril 1910, ont fait de même.

Section II

Le capitaine

Si nous soulevons le rideau de la délibération, nous voyons apparaître la figure énergique du capitaine. A bien l'examiner, s'il n'est plus exposé aux feux convergents des actions du louage, il est embarrassé de toute autre manière par la délibération. Somme toute, l'aspect extérieur de la physionomie du capitaine ne suffirait pas à le caractériser ; il est nécessaire d'analyser sa personnalité juridique. Indubitablement, de même que le « magister navis » était de quelque manière le préposé de l'« exercitor », de même le capitaine est le préposé de l'armateur. Comme en droit romain, c'est du contrat d'entreprise de transport que cette qualité lui est dévolue. Les chargeurs louent les services de l'entrepreneur-armateur, qui doit être à même de fournir un vaisseau, apte à mener à bien l'expédition entreprise et, un capitaine, investi de sa confiance, chargé de prendre à bord les

intérêts du navire et du fret (1). Le caractère de représentant légal de l'armement est nettement posé par l'art. 234 du Code de commerce. C'est de cette représentation légale qu'il tient son titre de commandant à bord. De ce chef, certaine responsabilité lui incombe : il est responsable des marchandises dont il se charge et cette responsabilité ne cesse que par la preuve d'obstacles de force majeure.

Si le capitaine est le préposé de l'armateur, il est aussi, à notre avis, le préposé des chargeurs (2). « C'est à lui qu'ont été confiés à la fois le navire de l'armateur et les marchandises des chargeurs, c'est lui qui est qualifié pour représenter tous les intéressés (3). » Cette qualité, il est vrai, n'est pas reconnue par un texte formel. Une partie de la doctrine et la jurisprudence se sont élevées contre cette représentation du chargement que l'on donne au capitaine. La Cour de Caen, dans un arrêt du 15 janvier 1867, a déclaré que le capitaine ne pouvait pas être mandataire des chargeurs ou des affréteurs, parce que ce dernier n'est pas choisi par eux. De Courcy (4), approuvant cette jurisprudence, s'est écrié : « Bizarrerie de l'invention que de vouloir faire du capitaine un représentant des chargeurs ! » Pour nous, nous ne comprenons pas pourquoi l'invention est bizarre; d'autant plus que nous n'inventons rien. Certes, cette épithète est justifiée aux yeux de ceux qui, à l'école de Demolombe, ont encore pour devise : « les textes avant tout. » Mais si les textes sont quelque chose, ils ne sont

(1) Ripert, n° 2044.
(2) Cosack : Traité de droit commercial, p. 441.
(3) Danjon, 987.
(4) De Courcy : Question de droit maritime, I, p. 225.

pas tout, car avant eux il y a l'esprit qui les a conçus. Quel autre révélateur fidèle que l'histoire elle-même? C'est de la conscience des peuples que le droit est sorti et c'est dans la nuit des temps que nous avons à rechercher ses oscillations successives qui correspondent à la mobilité des conceptions humaines. L'évolution peut seule nous faire aimer le droit, parce que seule elle nous donne le sentiment de la vie. Vraiment, n'est-il pas vrai que la tradition illumine les textes d'une clarté telle que le sens ne peut nous en échapper! C'est ainsi que le « germinamento » italien projette sa vive lumière sur l'art. 410 qui ne saurait être compris si derrière sa rédaction matérielle on n'apercevait, dans un vaste coup d'œil d'ensemble, toute la succession des siècles dont il est le résultat. Certes, nous n'avons jamais méconnu le peu de valeur que cet article a dans notre droit à l'heure actuelle, parce qu'il n'a jamais été dans notre pensée de vouloir asservir en quelque manière le passé au présent. Mais, de là à ne mentionner la tradition que parce que c'est la mode, et à la rejeter dans un coin, en disant : nos conceptions présentes ne sont pas celles du passé, bâtissons nous-mêmes ! » il y a nécessairement une marge. Et, si l'on y réfléchit bien, les modernistes sont inconsciemment, qu'ils le veuillent ou non, des traditionalistes, car on ne peut bâtir qu'avec des matériaux ; mais, tandis que la tradition veut expliquer le présent par l'évolution du passé, l'école moderne fait inconsciemment ou non un choix : elle ne prend que les matériaux susceptibles d'être utilisés à une fin donnée. Mais le résultat, quel est-il ? Vous faussez une institution, parce que la condition première de toute vérité, c'est l'exactitude. M. Haralambidis qui, incontestablement, a fait œuvre méritoire, nous apparaît précisément n'avoir vu

dans nos avaries communes que des solutions romaines ; dès lors, sa théorie, qu'il le veuille ou non, sous l'épithète d'un brocard latin : « ubi emolumentum, ibi onus », n'est pas autre chose que la théorie pénale de l'état de nécessité, qui, en l'espèce, se ramène aux préoccupations romaines de la « metus ». C'est entendu, nous le reconnaissons, nos avaries communes sont romaines, mais elles sont quelque peu catalanes et cette trace, si minime soit-elle, nous ne devons pas la négliger : à l'architecture romaine s'incorpore l'esprit catalan.

Ecrire que c'est l'état de nécessité seul qui met le navire à la disposition souveraine du capitaine, c'est commettre une erreur, car, si un état justifie un droit, il ne le crée pas. A la vérité, M. Haralambidis (1) a eu soin de préciser que « c'est en cas de danger que le capitaine acquiert en vertu de la loi, et non en vertu d'une autorisation du propriétaire des marchandises, le pouvoir d'en disposer ». Ainsi donc, l'état de nécessité crée, en même temps qu'elle le justifie, un droit de disposition, et ce, de par la loi. Nous ne contestons pas ce point, mais nous soutenons que, sur le même plan que l'état de nécessité, la loi a placé l'autorisation des chargeurs qui n'a pas besoin de se manifester dans une délibération, devenue de nos jours superfétatoire ; mais qui, de par la loi, au même titre que l'état de nécessité, conditionne tous les actes du capitaine. Par suite, notre désaccord avec M. Haralambidis est irréductible. Partant exclusivement de l'état de nécessité, il est bien évident que « ce n'est pas le fait d'être exposé à un seul et même péril qui eût créé une communauté de droit (2). »

---

(1) Haralambidis, n° 49.

(2) Haralambidis, n° 52.

Dès lors, nous nous trouvons en présence d'une communauté de fait et non légale. Bien évidemment, dans ces conditions, aucun lien juridique ne peut exister entre les parties, car « prétendre comme on l'a fait que le capitaine contracte comme représentant de l'armateur et des chargeurs et que la signature du connaissement par chacun des intéressés crée un lien juridique entre eux et par voie de conséquence une communauté contractuelle, c'est attribuer au capitaine un titre qu'il n'a pas — la communauté existe entre personnes qui ont chargé frauduleusement sans connaissement (1). »

Pour nous, ce titre contesté, le capitaine l'a, parce que la loi, dans l'art. 410, a établi un lien de majorité, base de l'« agermanament » et du « germinamento ». Dès lors, nous n'avons pas besoin d'une figuration contractuelle pour affirmer que nous sommes en présence d'une communauté de droit, la loi nous suffit et, si une communauté existe aussi bien entre personnes qui ont chargé régulièrement qu'entre celles qui l'ont fait frauduleusement, c'est qu'une communauté est imposée par la loi. Il ne s'agit pas ici, bien entendu, d'apprécier la nature juridique de cette communauté. Il suffit pour l'instant, n'examinant que le côté extérieur superficiel de cette dernière, de dire que nous pensons, avec M. Danjon, que la communauté d'intérêts repose non sur l'égalité d'intérêts, mais sur la proportionnalité des droits et obligations (2). Cette divergence de conceptions exerce des contre-coups immédiats sur la figuration du capitaine et sur la consistance même de cette communauté. Tandis que M. Haralambidis donne au capitaine le carac-

(1) Haralambidis, n° 52.

(2) Danjon, III, p. 430.

tère exclusivement romain, en l'obligeant à traiter tous les intérêts à bord sur un pied d'égalité (1) « s'il venait à rompre cette égalité au préjudice de l'un des intéressés à la rétablir », nous, au contraire, nous assignons au capitaine romanisé un peu du rôle du Seigneur du navire : il n'est pas tant le liquidateur chargé du maintien de l'égalité entre les intérêts autonomes, individualisés, que le représentant d'intérêts égaux parce que proportionnels. Mais nous admettons, avec M. Danjon (2), que le capitaine a seul qualité pour agir, bien qu'il puisse donner l'ordre à une personne de le remplacer ou ratifier après coup la décision qu'elle a prise. Nous refusons le recours en contribution par cela seul que le jet a eu lieu en dehors du capitaine, parce que nous estimons que la volonté du capitaine est, de par la loi, une émanation de la volonté générale et un principe d'ordre auquel toutes les forces agissantes doivent être soumises.

La limitation de cette communauté nous est donnée par l'art. 400 *in fine* « depuis le chargement et départ jusqu'au retour et au déchargement. » Il n'est pas douteux qu'une telle configuration doit être prise dans un sens extensif, car il ne faut point s'attacher aux mots, mais au sens qu'ils contiennent (3). M. Haralambidis, ayant assigné à sa communauté l'égalité d'intérêts, déclare que « l'élément séparé de la Communauté de fait dans l'intérêt de cette dernière ne doit en rien souffrir, parce que tous les intérêts à bord doivent être traités sur

(1) Haralambidis, n° 58.
(2) Danjon, III, n° 987.
(3) Haralambidis, n° 53.

un pied d'égalité par le capitaine » (1). Dès lors, indubitablement, il est amené à repousser comme injuste un jugement du tribunal de Marseille, en date du 6 juillet 1905 (2), décidant qu'indépendamment de leur succession chronologique, tous faits provenant d'événements générateurs d'avarie commune doivent être classés en avarie commune. L'injustice de ce jugement réside en ceci que « il y avait entre les intérêts du navire et ceux de la cargaison une différence qualitative ; il était établi que la cargaison n'avait, à aucun moment, couru un risque quelconque de perte » (3). Dès lors « le navire et la cargaison, au lieu d'avoir des intérêts communs, avaient au contraire des intérêts qualitativement différents ; la cargaison n'avait besoin pour sa conservation que d'un simple déchargement, tandis que le navire ne pouvait être sauvé qu'en effectuant des frais élevés de renflouement » (4). Cette critique n'apparaît pas fondée, car, réplique judicieusement M. Ripert, il n'est pas nécessaire, pour le classement en avaries communes, que la dépense s'applique à tous les éléments unis. Mais, ce qui est indispensable, c'est que l'union d'intérêts persiste. Or, elle cesse par le débarquement des marchandises ; lorsque ce débarquement est définitif, l'expédition maritime est terminée, et le consortium prend fin (5).

Une rapide incursion dans les législations étrangères justifie amplement le rôle essentiel que nous attribuons à la volonté agissante du capitaine, seule susceptible

(1) Haralambidis, n° 52.
(2) Marseille, 6 juillet 1905. R. I. D. M., XXI, 93.
(3) Haralambidis, n° 54.
(4) Haralambidis, n° 54.
(5) Ripert, t. II, 2024.

d'intégrer en avaries communes tous risques de mer. C'est ainsi que l'art. 700 du Code allemand stipule que les avaries communes ne peuvent être que le fait du capitaine ou de ses ordres formels. L'art. 191 du Code des Pays Scandinaves parle de même « du capitaine ou de quelqu'un ayant qualité ». Le Code de Portugal (art. 635) stipule également : « volontairement par le capitaine ou d'après son ordre. » Le Code japonais (art. 638) ne prévoit aussi comme avaries communes que des mesures prises par le capitaine en vue du navire ou de la cargaison.

Section III

L'action volontaire

Il est incontestable que « l'acte de volonté poursuivant le salut de l'expédition est la condition la plus caractéristique de l'avarie commune » (1). Qui plus est, il n'est pas trop téméraire d'affirmer que l'avarie commune n'est que le produit de l'intégration d'un risque de mer par la volonté agissante du capitaine, émanation d'une pluralité de volontés. Dès lors, l'avarie commune se ramène au problème psychologique de la volonté. De même que l'on ne peut étudier le mécanisme de l'activité volontaire que dans l'acte qu'elle produit (l'action volontaire), de même l'avarie commune ne peut s'apprécier que dans l'analyse de l'acte du capitaine. Pour vouloir, il faut concevoir un but. Mais ce but ne peut nous mener à l'action que s'il est préparé, soutenu par des éléments affectifs (les motifs), et nous ne déci-

(1) Haralambidis, n° 89.

dons qu'après avoir délibéré sur les moyens propres à sa réalisation. Cette décision implique une dépense d'énergie pour affronter les difficultés : un sacrifice. Notre volonté n'est réalisée que dans l'exécution ; dès lors, elle ne devrait avoir une valeur que dans le résultat produit.

§ 1. — **Le but : bien et salut commun du navire et de la cargaison** (art. 400 *in fine*)

Le but, c'est l'élément intellectuel ; l'idée pure qui guide la volonté, c'est une fin, une cause à laquelle doit tendre l'activité volontaire. Le but d'action du capitaine, c'est le bien et salut commun du navire et de la cargaison. La compréhension exacte de cet article 400 *in fine* n'est pas allée sans présenter des difficultés d'interprétation. Il a été fait, notamment, une habile critique de De Courcy (1), qui entend cette expression dans un sens distributif. Le raisonnement est le suivant : « S'il était exact qu'il fallait entendre les deux mots salut et bien commun, distributivement, en supprimant l'un ou l'autre, nous devrions avoir les deux hypothèses distinctes d'avaries communes prévues par ce texte, du moins d'après ce que dit M. de Courcy. Or, qu'arrive-t-il en supprimant le mot bien et en laissant simplement la formule pour le salut commun ? On est porté à croire qu'il n'y aurait pas avarie commune, s'il fallait sacrifier entièrement les biens de l'un des intéressés, si par exemple la cargaison entière avait été sacrifiée pour sauver le navire (2). » La conclusion qui se dégage de ce passage,

(1) De Courcy : Questions de droit maritime, I, 246.

(2) Haralambidis, n° 85.

c'est que le législateur de 1807 a voulu éviter une confusion en ajoutant le mot bien ; par suite, il faut donc entendre cette expression, dans un but de salut pour le bien commun. Cette argumentation est très ingénieuse, mais ne nous paraît pas répondre à une interprétation exacte. La confusion, redoutée soi-disant par le législateur lui-même, ne se produirait certainement pas, si l'on ne perdait pas de vue que la compréhension de l'article 400 est étroitement liée à celle de l'article 410. Si nous étions donc amenés à exclure le sacrifice total de la cargaison, pour le salut du navire, l'article 410 rectifierait immédiatement : « sont avaries communes les dommages et dépenses faites volontairement pour le salut commun du navire et des marchandises, tout comme d'une partie des marchandises. » A la vérité, en adoptant la formule « dans un but de salut pour le bien commun », on se préoccupe bien moins de justifier le législateur que de bâtir une théorie. « Il faut qu'il y ait danger pour qu'il puisse être question de salut ; il faut qu'il y ait une crainte de péril pour qu'il puisse être question de mesures prises dans un but de sécurité ; le tout sous la condition que les mesures soient prises dans l'intérêt commun et cet intérêt existe du moment que les biens sacrifiés entièrement ou seulement endommagés sont rétablis en valeur et que les sacrifices faits sont répartis entre les intéressés » (1). De même que c'est l'état de nécessité qui met le navire et sa cargaison à la disposition souveraine du capitaine, de même c'est l'état de nécessité qui est la mesure de l'intérêt commun. Cette subordination est d'ailleurs parfaitement logique. Partant de la notion individualiste de propriété, il ne peut

(1) Haralambidis, n° 86.

y avoir d'atteinte licite à cette dernière, en dehors de l'état de nécessité. En outre, de cet argument de texte on fait état de certaines considérations générales : le système de De Courcy ouvre un champ trop vaste à l'avarie commune, l'admission de l'intérêt commun serait de nature à limiter l'initiative du capitaine (1). Pour nous, nous estimons que le salut commun et l'intérêt commun sont des hypothèses distinctes l'une de l'autre. L'état de nécessité confère un pouvoir d'action immédiat au capitaine ; mais, en dehors de tout danger, le capitaine peut prendre des mesures dans l'intérêt commun. Certes, M. Haralambidis ne laisse pas le capitaine complètement désarmé ; il lui donne généreusement l'action « de in rem verso » pour le dédommager des dépenses d'intérêt commun. Pourquoi cette action plutôt que celle de gestion d'affaires accordée par M. Lyon-Caen et Renault (2) ?

Nous reconnaissons d'ailleurs très loyalement que l'examen des législations étrangères n'est pas favorable au point de vue que nous avons soutenu. Les Codes étrangers se rangent à l'avis de M. Haralambidis : ils subordonnent la notion d'intérêt commun à celle de danger. C'est ainsi que le Code allemand stipule (art. 700) : « dans le but de les tirer ensemble d'un commun danger, de même que tous les autres préjudices résultant par la suite desdites mesures, et les frais engagés dans le même but. » De même le Code brésilien, dans son art. 764, considère comme avarie commune : « tous dommages, arrivés volontairement en cas de danger ou désastre imprévu, ou approuvés comme conséquence

(1) Haralambidis, n° 85.

(2) Lyon-Caen et Renault, n° 884.

immédiate de ces événements, ainsi que les dépenses faites en semblables circonstances, après délibérations motivées pour le salut commun du navire et des marchandises. » Les Codes chilien (art. 189), colombien (art. 281), finlandais (art. 133), scandinaves (art. 187), espagnol (art. 811), portugais (art. 635), contiennent des stipulations à peu près identiques ; « mais il est permis de se demander, nous dit M. Danjon (1), s'il faut attacher beaucoup d'importance à la formule généralement employée par ces Codes lorsqu'on voit certains d'entre eux, comme les Codes scandinaves, admettre ensuite, comme avaries communes, l'emploi de marchandises en cas de besoin, pour fournir les moyens de continuer le voyage (art. 190-8°). Le Code italien (art. 643) a apporté à cette formule la rectification grammaticale proposée par le projet français de 1867 et a ainsi étendu les avaries communes aux mesures d'intérêt commun ».

§ 2. — **Les motifs : la volonté commune, le danger commun**

Le danger n'est pas l'unique motif des avaries communes. Sur le même plan que ce dernier, étroitement unie dans la majorité des cas, mais indépendante dans bien des circonstances, il y a la volonté commune, état affectif particulier du capitaine qui, constamment, doit avoir une conscience nette de la responsabilité qui lui incombe tant à l'égard des chargeurs que de l'armateur. Toutes les volontés à bord, présentes ou non présentes, se synthétisent en vertu d'une présomption légale de majorité en la volonté unique du capitaine et sont de nature, tant par la force qu'elles mettent en œuvre que par la représentation du but d'intérêt commun qu'elles

(1) Danjon, III, 997 *bis*.

provoquent, de pousser à l'action le capitaine, sans qu'en aucune manière la notion de danger entre nécessairement en ligne de compte. Mais il est vrai que, dans bien des circonstances, c'est le danger qui est le motif essentiel des déterminations du capitaine. Il est alors exact de dire que la volonté commune est subordonnée à l'état de nécessité que représente le danger : dans cette hypothèse, la formule « salut et bien commun » se trouve justifiée.

Pour avoir quelque connaissance de la notion de danger, il est nécessaire d'en rechercher l'origine et d'en apprécier la tonalité. L'origine du danger est une des questions les plus délicates que M. Haralambidis a exposée clairement et solutionnée avec beaucoup de justesse. « Aussi, dit-il, disons-le une fois pour toutes, il ne s'agit pas d'une faute qui cause directement un dommage (hypothèse prévue par l'art. 405 du Code de commerce français), mais simplement d'une faute qui met l'aventure en danger » (1). C'est parce que la jurisprudence française n'a pas fait ce discriminatif nécessaire qu'elle en est restée à ce degré d'intransigeance, véritablement fait pour nous surprendre. La brutalité de la faute, sa commission directe par une volonté déterminée est avarie particulière, mais non l'appropriation de cette dernière par la volonté qualifiée du capitaine « pour se soustraire à un péril suscité par une négligence ou une inadvertance de celui qui présidait à la manœuvre » (2). La Cour Suprême, dans un arrêt du 6 juin 1882 (3), n'en a pas moins décidé que la faute était, en toute circon-

(1) Haralambidis, n° 65.

(2) Haralambidis, n° 67.

(3) Cass. 6 juin 1882. S. 82. 1. 409.

stance, exclusive de l'avarie commune : cette jurisprudence s'est maintenue depuis lors. Les suffrages de la doctrine sont partagés : M. Levillain notamment donne son entière approbation, tandis que M. Lyon-Caen combat énergiquement de telles solutions. La conclusion à adopter est, croyons-nous, celle d'un arrêt de la Cour d'Aix en date du 1er août 1898 (1). « La faute, au regard de celui qui l'a commise, l'empêche de se prévaloir du recours en contribution, en vertu de ce principe de notre droit « dolo facit, qui petit quod redditurus est », mais l'avarie est essentiellement commune, parce que les conditions exigées par l'art. 400 *in fine* du Code de commerce sont requises : il y a intégration d'un risque de mer par une volonté agissante dans un but de salut commun. Cette manière de voir trouve sa justification dans les législations étrangères, notamment dans les art. 702 du Code allemand et 135 du Code finlandais.

Si nous sommes d'accord avec M. Haralambidis sur l'origine du danger, nous contestons énergiquement que la tonalité d'un commun danger soit limitée à la notion de perte totale. Pourquoi une telle rigueur ? C'est parce que « la condition du danger commun est impliquée dans l'idée de l'état de nécessité » (2). L'état de nécessité, d'après la définition donnée, peut être défini comme un état tel que la lésion ou la compromission d'un bien soit nécessaire au salut d'un autre bien plus important et dont la conservation s'impose. Pourquoi cette conservation s'impose-t-elle ? « C'est parce que, répond M. Garçon, si la nécessité met en conflit deux biens d'inégale valeur, dont l'un doit nécessairement être sacrifié, la loi ne doit

(1) C. d'Aix, 1er août 1898.

(2) Haralambidis, p. 96.

protéger par aucune sanction celui qui est de moindre valeur (1). » Si l'acte d'atteinte au bien de moindre valeur n'est pas sanctionné par la loi pénale, c'est parce qu'il « n'est pas un acte fautif, mais on ne peut pas contester que c'est un acte injuste : injuste en ce sens qu'on ne voit pas pourquoi on aurait le droit d'infliger un dommage à quelqu'un auquel on n'a rien à reprocher : il faut donc réparer l'injustice causée dans ces circonstances pour satisfaire à la justice » (2). Il est donc aisé de comprendre pourquoi l'on ne veut pas admettre le danger partiel, car ce serait « nier tout ce que nous avons dit sur l'idée de communauté. Qui peut assurer dans ce cas que tous les intérêts à bord sont menacés de perte » (3) ? Cette égalité, imposée pour les besoins de la théorie, « cette idée qu'il n'y a de communauté de périls et d'égalité d'intérêts que dans un danger de perte totale, sont autant de subtilités que l'on prête gratuitement au législateur » (4). M. Haralambidis sent d'ailleurs parfaitement ce qu'a d'excessif une telle compréhension et cherche à l'atténuer par la notion de crainte de perte totale. A la vérité, l'idée de base ne change pas, c'est toujours celle d'égalité d'intérêts.

A bien l'examiner, la notion de danger est un motif d'action d'ordre psychologique, et correspond assez exactement à celle de « metus ». Bien évidemment, cette dernière est conditionnée par un fait matériel qui lui donne naissance : le péril. Or, au premier abord, il paraît assez surprenant qu'un péril imminent ne soit pas

---

(1) Haralambidis, n° 47 ; Garçon : C. pén. annoté, n° 114.
(2) Haralambidis, n° 48.
(3) Haralambidis, n° 62.
(4) Danjon, III, p. 438.

exigé. Cette compréhension extensible est expliquée par une conception particulière de l'état de nécessité : « pour nous, l'état de nécessité, l'appréciation du péril, la justification de l'acte injuste dépendent des circonstances » (1).

Parmi les législations étrangères, il n'y a que l'art. 1089 du Code brésilien qui exige formellement un péril imminent : « les avaries communes sont les dommages causés, en vertu de délibérations motivées et prises soit avant, soit après le commencement du voyage, conjointement ou séparément au navire et au chargement dans le but de les sauver d'un péril de mer imminent. »

§ 3. — **Le sacrifice**

Le sacrifice nécessite une dépense d'énergie, de la netteté, de la rapidité, de la force dans la décision. Décider, c'est trancher les difficultés en présence. Le sacrifice est donc le résultat d'un choix. C'est ce qu'exprime clairement M. Danjon : « il faut qu'entre deux maux, l'un qui se serait produit de lui-même et l'autre qu'il pourrait provoquer, le capitaine ait choisi celui-ci comme étant le moindre » (2). Le sacrifice se traduit objectivement de deux façons : par des dommages ou par des dépenses, avarie-dommage ou avarie-frais. Le caractère commun est attribué à ces dernières par le but déterminatif de la volonté du capitaine, sacrifiant certaines valeurs à d'autres, soit par des dommages, soit par des dépenses. Dès lors, il est bien évident qu'ici encore notre désaccord avec M. Haralambidis s'accentue. Ayant

(1) Haralambidis, n° 63.

(2) Danjon, III, n° 989.

posé en droit que seul l'état de nécessité habilite les actes du capitaine, les avaries communes sont donc des sacrifices faits dans l'état de nécessité (1). Pour nous, logiquement, nous sommes amené à adopter la formule de M. Danjon : « les avaries communes sont des sacrifices fait dans l'intérêt commun », parce que nous croyons avoir démontré qu'à côté de l'état de nécessité, et sur le même plan, il faut placer la volonté commune, c'est-à-dire l'intérêt commun. Dire quel est le caractère que doit présenter l'acte de sacrifice du capitaine, c'est préciser les conditions mêmes de la volonté agissante qui l'a produit puisque aussi bien la volonté ne peut s'apprécier que dans l'acte volontaire. Eoard a systématisé, dans une formule concise, les caractères de l'acte de sacrifice : il doit être « voluntary, judicious or deliberate » (2). M. Desjardins, Lyon-Caen et Renault, précisant cette notion, considèrent à juste titre que ne sont pas avaries communes les sacrifices faits sous l'empire d'une terreur irréfléchie ou bien encore dans le désarroi d'un sauve-qui-peut (3). M. Danjon apporte une considération nouvelle : l'acte de sacrifice ne doit pas avoir été fait par méchanceté, négligence ou impéritie (4). M. Haralambidis, réfutant la théorie de l'alternative de Benecke d'après laquelle « il n'y a pas de sacrifice dès qu'il est imposé par le salut commun » (5), conclut fort judicieusement qu'un « acte de sacrifice » ne cesse pas d'être volontaire par cela seul qu'il a été imposé par une impé-

(1) Haralambidis, n° 49.
(2) Eoard : Law of merchant shipping.
(3) Desjardins, IV, n° 972 ; Lyon-Caen et Renault, VI, n° 885.
(4) Danjon, III, n° 994.
(5) Haralambidis, n°s 92, 93.

rieuse nécessité; il faut appliquer ici l'adage latin : « Qui mavult, vult. » « Qui choisit, veut. » Autrement dit, les motifs n'ont aucune valeur déterminative dans le mécanisme psychologique : notre volonté, maîtresse d'elle-même, intègre les motifs qu'elle s'est appropriés après les avoir choisis en vue de la réalisation du but d'action qu'elle s'est proposé. C'est pourquoi nous estimons que « l'acceptation volontaire du combat a pour effet d'imprimer à toutes les pertes qui en sont la suite le caractère volontaire et doivent être admises en avarie commune » (1). Il faut d'ailleurs préciser ce que l'on entend par suites de l'acte volontaire. La Cour de Cassation a eu soin de le faire dans un arrêt de sa Chambre de requêtes, en date du 18 décembre 1867 : elle ne bonifie en avaries communes que les conséquences directes et nécessaires de l'acte de sacrifice (2). Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 juin 1869, confirmé par un arrêt de la Cour Suprême en date du 27 décembre 1871 (3), est venu apporter des précisions : la conséquence directe et nécessaire ne consiste pas en une simple succession de dates et de lieux, mais en un lien intime, étroit et nécessaire de l'effet à la cause. C'est là, d'ailleurs, une simple question de fait qui appartient à l'appréciation souveraine du juge du fond et sur laquelle la Cour de Cassation reconnaît elle-même ne devoir exercer aucun contrôle (4).

---

(1) Haralambidis, n° 93.

(2) Cass. rejet, 18 déc. 1867. S. 68. 1. 101; D. 68. 1. 145; Cass. rejet, 10 août 1880. S. 80. 1. 421; D. 80. 1. 418.

(3) Bordeaux, 2 juin 1869; Cass. 27 déc. 1871. D. 69, 2, 325. S. 71. 1. 214.

(4) Cass. 18 décembre 1867. D. 68. 1. 145; Cass. 18 octobre 1892. D. 93. 1. 78.

Il ne faut pas s'y méprendre, les questions de fait sont des plus délicates. Pour pouvoir les ramener aux principes posés, les praticiens sont obligés de déployer toute leur habileté professionnelle pour donner ainsi à l'ensemble de la question une solution juridique. Deux exemples nous suffisent pour montrer la chose : l'allégement et la relâche. Voici l'hypothèse envisagée par M. Danjon (1) : le capitaine d'un navire, assailli par une tempête ou poursuivi par des ennemis, prend la décision de se réfugier dans un port de refuge et, pour franchir les passes, il est obligé d'alléger son navire en mettant une partie de la cargaison dans des barques. Or, les marchandises transbordées périssent sur les allèges. L'art. 427 du Code de commerce répartit la perte éprouvée sur l'ensemble des valeurs sauvées. La solution n'est donc pas douteuse : la communauté de l'avarie est bien établie. Or, cette solution légale, bien que répondant à la tradition, n'en a pas moins été critiquée par de Courcy (2), parce que « la perte purement fortuite n'est pas la conséquence nécessaire de l'allégement, puisqu'il pourrait aussi bien arriver que les marchandises transbordées fussent sauvées, tandis que celles restées dans le navire périraient avec lui ». M. Danjon fait très justement observer : « il ne s'agit pas de ce qui aurait pu arriver dans une autre hypothèse, mais bien de ce qui est arrivé dans l'hypothèse donnée », phrase dont M. Haralambidis s'empare pour retourner l'argument qu'elle exprime contre M. Danjon lorsqu'il examine la question de la relâche. « Cet auteur, expose-t-il (3), nous

1. Danjon, n° 1010, p. 151.
2. De Courcy, II, p. 286.
3. Haralambidis, n° 161.

dit dans une autre partie de son ouvrage que les dommages qni auraient pu arriver au navire par l'ouragan, la foudre, ou un autre événement fortuit dans un port de relâche, ne doivent pas être admis en avaries communes : les dommages ne résultent pas de la résolution prise par le capitaine, car le navire aurait pu tout aussi bien subir les pertes de l'ouragan partout ailleurs que dans le port de relâche. » Les critiques de M. Haralambidis sont, à notre avis, injustifiées car elles sont encore guidées par le souci de la théorie. Le raisonnement est toujours identique. Le préjudice de la chose donnée ne se justifie que dans l'état de nécesité. Pour apprécier s'il peut être admis en avarie commune, faisons abstraction de l'acte volontaire qui l'a commis pour comparer l'état actuel des intérêts de chacun avant la commission de l'acte ; dès lors, le balancement doit se produire automatiquement en vertu du principe même de l'égalité de tous les intérêts à bord. Par suite, les dommages provenant d'événements fortuits sont avaries communes. « Si la mesure est prise dans un intérêt de salut et bien commun, les risques que l'aventure court pendant son exécution doivent être mis à la charge de celui qui en aurait dû profiter. S'il est constant, en fait que l'ouragan n'a sévi que sur la route du port de refuge, les dommages subis par le navire ou la cargaison sur ce chemin doivent être bonifiés en avarie commune (1). »

Une confusion entre le fait occasionné et le fait causé nous paraît avoir été commise : l'un n'a pour cause indirecte qu'un acte de volition, l'autre est la conséquence immédiate et nécessaire du même acte, au sens jurisprudentiel de l'expression. Et très judicieusement, M. Dan-

(1) Haralambidis, n° 161, p. 282.

jon est amené à conclure : « Tandis que les frais sont évidemment les conséquences nécessaires de la relâche, les dommages matériels sont presque toujours occasionnés seulement par la relâche et non pas causés par elle, car ce sont de purs accidents qui auraient bien pu frapper le navire et la cargaison sur un autre parcours ou dans un autre port (1).» En d'autres termes, pour M. Haralambidis « il n'est ni nécessaire ni utile de qualifier d'extraordinaire les conséquences dommageables de l'acte volontaire, qui doivent être admises en avaries communes » (2). Pourquoi donc ? « Parce que le mot « extraordinaire » est employé dans la plupart des législations pour indiquer tout sacrifice qui n'est compris dans les déboursés mis par le contrat de transport à la charge des personnes qui le subissent. » Cette notion d'extraordinarité de l'acte de sacrifice nous apparaît incomplète. Ce qui détermine si un dommage ou une dépense doivent être admis en avarie commune, ce n'est pas tant le point de savoir si la dépense ou le dommage n'entrent pas dans les obligations contractuelles de l'armateur ou de l'affréteur que le point de savoir si le dommage ou la dépense ont été commis par la volonté du capitaine agissant pour le bien et salut commun du navire et des marchandises. Les considérations contractuelles ne doivent entrer en jeu que lors du règlement à intervenir et elles n'ont pas pour effet d'empêcher, dès l'abord, une avarie d'être commune si elle remplit les conditions intrinsèques de validité. Il en va de même des conséquences directes et immédiates de cette dernière : elles font corps avec elle et leur lien d'étroite dépendance est pré-

(1) Danjon, III, n° 1058.
(2) Haralambidis, n° 161.

cisément marqué par ce caractère d'extraordinarité, c'est-à-dire par cette mise en œuvre d'une volonté qualifiée. Le but de bien et salut commun est la justification du sacrifice, c'est-à-dire la raison d'être d'une appropriation du risque de mer par un acte de volition, qui en concentre toute la charge sur un élément donné et a pour résultat de rendre commune l'avarie-dommage ou l'avarie-frais, qui en sont la résultante immédiate et nécessaire afin d'en répartir proportionnellement à leur valeur respective toutes les conséquences dommageables sur l'ensemble des biens, figurés par le navire et la cargaison. Dès lors nous concluons, avec M. Danjon (1), et une jurisprudence constante que, quand les conséquences d'une avarie particulière consistent en sacrifices faits volontairement par le capitaine pour le bien et salut commun mis en péril par l'avarie particulière, ces conséquences constituent des avaries communes.

Les législations étrangères n'ont pas manqué de stipuler dans leurs codes ces solutions qui ne sont que chez nous des solutions jurisprudentielles. Les Codes chilien (art. 1.089) et colombien (art. 291) considèrent comme avaries communes « les conséquences directes et inévitables du sacrifice ». Variant un peu la formule, le Code argentin (art. 1.037), le Code brésilien (art. 764) admettent en avaries communes les conséquences immédiates de ces actes ou événements volontaires. L'art. 699 alinéa 33 du Code hollandais stipule : « en général, les dommages causés volontairement dans le cas de danger et soufferts comme suite immédiate de ces événements, ainsi que les dépenses faites en de pareilles circonstan-

(1) Danjon, III, n° 1012, p. 516.

ces, après la délibération prescrite pour le bien et le salut commun du navire et de la cargaison ». Le Code des Pays Scandinaves, dans son article 187, précise : « sont réputées avaries communes, tous dommages causés intentionnellement au navire ou à la cargaison pour les sauver d'un danger qui les menaçait tous les deux, ainsi que les autres sacrifices faits dans le même but, et les dommages et frais occasionnés par de semblables mesures ou qui en ont été la conséquence directe ».

§ 4. — Le résultat

Il n'est pas douteux qu'en dehors de toutes préoccupations juridiques, si l'on n'avait qu'à se confiner sur le terrain psychologique, il faudrait exiger un résultat effectif, correspondant étroitement au but d'action que l'on s'est proposé : en la matière, le bien et salut commun du navire et des marchandises, car notre volonté n'est réalisée que dans l'exécution intégrale du but de nos actes. Il faut le remarquer, d'ailleurs, cette conception s'est étroitement unie aux constructions juridiques romaines ; si les Romains éprouvaient le besoin d'objectiver le salut commun, en un résultat tangible : le salut du navire, ce n'est pas tant pour répondre à la logique d'un mécanisme psychologique que pour obéir à leur conception individualiste de la propriété. Les risques des choses qui incombaient à leur légitime propriétaire devenaient communs, sous la nécessité d'un danger commun, s'ils étaient intégrés par l'action volontaire du capitaine et s'ils produisaient un résultat commun. Au moyen âge, le droit catalan ne demanda pas la réalisation du but parce que l'arbitraire du Seigneur du navire n'était pas à redouter ; s'il agissait, et quand il agissait,

c'était comme si tous les marchands à bord agissaient. La propriété était collective, dès lors un danger partiel, possible et éventuel, une simple crainte justifiée ou non suffisait à motiver l'intervention du Seigneur du navire, dès l'instant qu'une délibération régulière était intervenue, de telle sorte que la réalisation du but se trouvait atteinte au moment où ce but avait été décidé par une commune volonté.

Ce rappel de souvenirs n'était pas inutile, car indubitablement ces deux conceptions traditionnelles se trouvent étroitement mêlées dans notre droit. Nous le répétons encore une fois : les avaries communes françaises sont une synthèse des idées juridiques romaines et catalanes. La question du résultat est une nouvelle preuve de l'exactitude de notre assertion. Nous ne bâtissons pas, nous constatons. Dès l'abord, rendons hommage à l'unanimité de la doctrine. Il est exact que l'art. 423 exige un résultat, mais il est aussi rigoureusement vrai que ce même résultat n'est pas mentionné dans la définition générale des avaries communes, élaborées par l'art. 400 *in fine*. Nous savons pourquoi il en va de la sorte : nous avons démontré ce que représente à nos yeux l'art. 400 *in fine* (un « agermanament » catalan). L'art. 423 est indubitablement de source romaine et il nous sera aisé de montrer comment, armé d'une logique rigoureuse, on en est arrivé à englober la réalité sous un prisme déformant pour les besoins de l'édification d'une théorie. M. Danjon, notamment, ne nous apparaît pas exempt sur cette question de particularisme. Il pose, en premier lieu, un postulat : « Le législateur donne, à propos du jet à la mer, une solution qui, comme tant d'autres règles du jet, doit être généralisée et appliquée à tous les cas d'avarie commune, parce que

le jet a été pris par le législateur comme type des avaries communes [1]. » M. Danjon, faisant usage d'une méthode quelque peu littérale, adopte une interprétation exclusive : « Si le jet ne sauve le navire, il n'y a lieu à aucune contribution, porte le premier alinéa de l'art. 423, et cela non seulement si le navire périt, ce qui est évident, mais aussi s'il est sauvé autrement que par le jet... Le jet ne constitue donc une avarie commune que s'il a été couronné de succès [2] » Poursuivant jusqu'au bout son raisonnement, qu'il reconnaît rigoureux, mais qui a pour le défendre, dit-il, la stricte logique, sa conclusion est que « pour qu'il y ait avarie commune, il faut qu'un résultat utile ait été obtenu, non pas seulement à la suite, mais au moyen du sacrifice fait par le capitaine ». M. Danjon ne tarde pas, d'ailleurs, à nous dévoiler le fond même de sa pensée : « Si, grâce à des circonstances étrangères, il y a sauvetage, c'est un heureux hasard qui ne peut donner lieu à contribution, car on ne peut pas dire que ceux dont les biens ont échappé au sinistre s'enrichissent aux dépens d'autrui. » Précisant encore, M. Danjon écrira : « Cela cadre parfaitement avec l'idée que la théorie des avaries communes est une application du principe que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. » Le souci du cadre est si bien la préoccupation dernière de M. Danjon, qu'à peine a-t-il établi la nécessité d'un résultat, qu'il se départit allégrement de cette logique impeccable pour ne plus s'incliner devant des textes qu'il considérait tout à l'heure comme formels. « Je crois, dit-il, que, pour constituer une avarie commune, il suffit que le sacrifice

(1) Danjon, III, n° 999.

(2) Danjon, III, n° 399.

fait par le capitaine ait produit un résultat utile pour un ou plusieurs des intéressés, qu'il ait profité soit au navire, soit aux marchandises. D'où cette conséquence, que même la perte totale du navire ou de la cargaison n'empêcherait pas qu'il y eût avarie commune : il suffit qu'une partie de l'aventure ait été sauvée pour que le propriétaire des biens sacrifiés ait droit à une contribution (1). »

La condition du résultat utile est commandée chez M. Danjon par la position même qu'il prend dans la considération du résultat : il l'envisage sous l'angle de la totalité, constituée par la masse du navire et de la cargaison. Mais cette position-là n'est pas exclusive, on peut considérer uniquement l'élément sacrifié ; dès lors, les conséquences juridiques qui découlent de ce point de vue sont totalement différentes : « Les effets jetés sont définitivement perdus, sauf le cas de sauvetage ultérieur, ce qui est infiniment peu probable ; au contraire, les biens restés à bord du navire sont, par hypothèse, sauvés pour des raisons étrangères au jet. Le propriétaire des biens jetés et qui, dans la théorie de M. Danjon, est privé de son recours en contribution, se trouve incontestablement dans une situation pire que celle des autres intéressés. Si les biens d'un autre étaient jetés à la place des siens, le chargeur sacrifié aurait tout aussi bien profité des circonstances étrangères aux mesures de salut et qui ont conservé l'aventure. Le fait donc d'avoir été privé par le jet, de la chance de voir ses biens sauvés, comme l'ont été ceux des autres, cause indubitablement au chargeur sacrifié un préjudice qui doit être réparé

(1) Danjon, III, n° 1001.

par voie de contribution (1).» Ce point de vue est également celui de M. Ripert : « On ne peut subordonner, dit-il, le recours de l'intéressé sacrifié à cette circonstance purement fortuite que le sacrifice produit ou ne produit pas un résultat utile à l'expédition maritime. » Quant à l'argument tiré de l'article 423, M. Ripert nous dit qu'il présuppose que les marchandises ont été jetées et que le navire a péri. Dans cette hypothèse, évidemment, il ne saurait être question de contribution, puisque tout a été perdu. La jurisprudence, d'ailleurs, ne laisse pas de faire montre d'une certaine indécision. Dans la majorité des cas, elle semble se contenter d'un résultat partiel ; mais, il faut bien remarquer que dans la pluralité des hypothèses, le navire était en état d'innavigabilité (2). Pour nous, nous ne croyons pas devoir retenir cette notion de résultat, et nous nous rangeons à l'opinion de M. Ripert, qui est celle de M. Haralambidis.

---

(1) Haralambidis, n° 164.

(2) Cass. rejet, 18 déc. 1867. S. 68. 1. 105 ; D. 68. 1, 75.
Cass. rejet, 23 juillet 1856. S. 56. 1. 165 ; D. 56. 1. 313.

CHAPITRE II

Action en contribution

L'action en contribution est la cheville ouvrière du mécanisme des avaries communes. L'identification que M. Haralambidis a cru devoir faire entre les avaries communes et les dépenses nécessaires, qu'un dépositaire fait pour la conservation de la chose déposée, l'a amené à se réserver pour une prochaine publication l'étude de l'action en contribution. Le capitaine est un transporteur. Or, l'art. 1782 du Code civil assujettit les voituriers par terre et par eau, en ce qui concerne leur responsabilité, aux obligations d'un dépositaire nécessaire. Le capitaine est donc contraint de conserver la chose qu'on lui a confiée. « Cette obligation existe envers tous les chargeurs et le capitaine ne peut y contrevenir, même pour pourvoir au salut et bien commun, à moins que l'on indemnise la personne qui souffre des mesures prises pour la conservation de toute l'aventure. » C'est donc dans cette indemnisation de la partie lésée que le capitaine puise le droit d'opérer des sacrifices pour le bien et salut commun. De même que le déposant est tenu du remboursement des dépenses et de l'indemnisation

des pertes, faites pour la conservation de la chose déposée, de même les chargeurs sont dans l'obligation de payer les pertes et les dommages éprouvés pour la conservation de leurs marchandises (1). M. Haralambidis s'en tient à ce point de vue superficiel et n'a garde d'insister davantage. Nous ferons simplement remarquer que le paiement des pertes et dommages a lieu par voie de répartition faite sur les effets jetés et sauvés. Si les avaries communes ne sont que des impenses nécessaires, des frais de conservation, on ne voit pas trop comment l'élément sacrifié aura à participer, puisque aucune dépense n'a été faite pour le conserver. On a beau nous affirmer qu' « il est traditionnellement et unanimement admis que l'obligation de payer les impenses nécessaires subsiste au contraire quand bien même le débiteur n'aurait pas profité de ces impenses, comme per exemple dans le cas de perte par force majeure de la chose conservée, ou dans le cas où les dépenses n'auraient pas procuré le résultat attendu » (2), nous n'arrivons pas à comprendre les raisons pour lesquelles une marchandise sacrifiée aurait à contribuer à sa perte. C'est en cela que réside, à notre avis, le point faible de cette conception. Alors qu'il est dénié tout caractère d'originalité aux avaries communes, on est bien obligé d'admettre qu'elles présentent une particularité : « ce fait constitue une particularité du droit maritime.... les mesures de conservation sont prises en vue d'un ensemble de choses appartenant à plusieurs personnes qui en sont propriétaires (3). » C'est précisément cette particularité qu'il faudrait expliquer.

(1) Haralambidis, n° 202.
(2) Haralambidis, n° 203.
(3) Haralambidis, n° 206.

Peut-on, en outre, dire que les dommages constituent des frais de conservation ? Cette notion pourrait à la rigueur, si elle était exacte, s'appliquer aux dépenses ; mais on ne peut pas raisonnablement affirmer que des dommages constituent des frais.

Aux yeux de M. Haralambidis (1), la disposition de l'art. 417 du Code de commerce est injustifiable, parce que ce n'est pas en vue de la conservation de la moitié du navire et du fret que les mesures de salut ont été prises. Cet argument ne vaut pas, car c'est, croyons-nous, une preuve que les avaries sont autre chose que des frais de conservation Qui plus est, si le capitaine n'est vraiment qu'un simple dépositaire, comment se fait-il que ce dernier ait à contribuer sur son propre fret ? A-t-on jamais vu un dépositaire payer, sur la rémunération qui lui est allouée, les frais de conservation que les déposants sont tenus de lui rembourser ?

Mais où vraiment M. Haralambidis ne cesse de nous étonner, c'est quand il veut nous expliquer, avec la notion de frais de conservation, le recours direct entre chargeurs : « Dans notre système, on explique le recours direct en contribution des chargeurs des uns des autres. Il est admis, dans le cas d'impense nécessaire, que la personne qui a réellement supporté la charge de ces dépenses a une action directe pour le recouvrement de la créance qui en résulte, sans tenir compte du point de savoir si ces frais ont été directement faits par le demandeur ou s'ils ont été faits par l'entremise d'une autre personne, aussi longtemps que c'est le demandeur qui, en définitive, en a supporté la charge (2). » Ce n'est là,

(1) Haralambidis, n° 108.

(2) Haralambidis, n° 108.

croyons-nous, qu'une affirmation tranchante qui ne s'appuie sur rien, et qui n'est tout au plus qu'un moyen pour éluder la difficulté.

Pourquoi donc chercher ailleurs que dans le passé la saine appréciation de la réalité ? On peut ne pas partager entièrement la théorie de M. Ripert, mais il n'est pas niable que le support de l'action en contribution est constitué par l'existence de deux masses : l'une créancière, l'autre débitrice. C'est là la preuve du fondement associationiste de notre institution. D'ailleurs, M. Danjon lui-même, bien que préconisant une théorie diamétralement opposée à celle de M. Ripert, n'hésite pas à établir un parallèle entre les chargeurs et des associés : « La communauté d'intérêts que l'expédition maritime crée entre tous ceux qui y prennent part permet de les comparer à des associés ; or, l'associé qui a fait une dépense ou subi un dommage, en agissant dans l'intérêt de la société, a droit à s'en faire indemniser par la société (art. 1852 du Code civil). Mais, comme il doit contribuer aux charges de la société, il ne peut pas éviter de prendre sa part de l'indemnité à laquelle il a droit et il se trouve ainsi créancier pour le tout et débiteur pour partie de cette indemnité ; il en est de même ici de celui qui a subi l'avarie commune. Il y a alors ce qu'on appelle la contribution sur soi-même (1). » Il n'y a pas d'autre explication à donner à ce fait que la contribution aux avaries communes a lieu par répartition sur les marchandises sauvées et sacrifiées. Le capitaine est autre chose qu'un dépositaire, il est un associé, et nous aurons à apprécier quelle est la nature exacte de cette association. Bien plus, la contribution de la moitié du navire et

(1) Danjon, III, n° 1096.

du fret est une preuve irréfutable du caractère particulier de notre institution. Certes, il se peut que cette faveur pour le capitaine apparaisse dans la pratique comme injuste, mais elle n'est pas injustifiable, car elle a pour la justifier tout le passé : l'« agermanament » catalan.

TITRE II

FONDEMENT JURIDIQUE

A la lumière du passé, à l'aide des théories émises, nous avons à faire connaître notre sentiment sur le fondement juridique de l'institution des avaries communes en droit français. Certes, loin de nous la pensée de vouloir édifier un système, parce que notre tempérament traditionaliste — nous faisons cette concession à M. Haralambidis — nous empêche d'avoir la hardiesse d'un novateur.

§ 1. — La théorie « ubi emolumentum, ibi onus » de M. Haralambidis

Cette théorie, qui correspond dans la pensée de son auteur à ce qu'il appelle les conceptions de notre temps, est une conception individualiste comme l'était celle des Romains. Les avaries communes ne sont considérées que comme une simple communauté de fait. La mise en œuvre de cette communauté est assurée par la « metus », la conception moderne de l'état de nécessité. A vrai dire, M. Haralambidis a une compréhension très large de l'état de nécessité, à tel point qu'une simple possibilité

de perte lui suffit pour justifier les avaries communes. Aussi, lorsqu'il en vient à nous donner une énumération des avantages de « sa théorie », son esprit juridique fait quelque peu volte-face et s'attache résolument à la notion de dépôt nécessaire. Le dépôt est là pour camoufler juridiquement l'état de nécessité. Le capitaine est un dépositaire nécessaire : de ce chef, il a des obligations qui lui incombent de par la loi (rendre ce qui lui a été confié, maintenir l'égalité entre les divers membres de cette communauté de fait).

Quel est donc le critérium des avaries communes? Nous avons en présence, on peut même dire en antagonisme, des intérêts, qui sont le « substractum » des valeurs déposées. L'aventure comprend des intérêts qualitatifs et quantitatifs. Les intérêts à bord se solidifient en quantité dans une communauté de fait ; mais ils restent identiques à eux-mêmes de qualité, de telle sorte que, pour qu'il y ait avarie commune, il faut que les intérêts en présence soient qualitativement et quantitativement les mêmes. Or, il ne peut en aller de la sorte que s'ils sont tous menacés d'une façon égale d'un danger ou d'une possibilité de perte totale : dès l'instant où un seul de ces intérêts serait divergent, il ne saurait être question d'avaries communes. Un de ces intérêts est sacrifié ; l'équilibre est rompu, il faut le rétablir. Tous les intérêts à bord ayant profité d'une façon égale, puisque aussi bien chacun d'entre eux a couru le risque d'être sacrifié aux lieu et place de l'intérêt lésé, la contribution pour avaries communes doit intervenir. C'est ce qui est exprimé d'une autre manière par cet adage : « ubi emolumentum, ibi onus. » Cette théorie ne nous apparaît pas dans son ensemble à contours bien limités. M. Haralambidis part de cette conception individualiste

de propriété qui veut qu'aucune atteinte licite ne soit portée à cette dernière si ce n'est hormis le cas de nécessité. C'est l'état de nécessité seul qui justifie les actes du capitaine, c'est l'état de nécessité seul qui renferme la notion du danger commun, c'est l'état de nécessité seul qui conduit au but de salut commun.

Mais, ici, arrivé à cette étape, M. Haralambidis fait un temps de pose : « Si le navire et la cargaison se trouvent dans ces circonstances en danger, et si le capitaine est obligé de faire des sacrifices pour pourvoir à la conservation de l'aventure, quelle est la nature de ces sacrifices? Il est étonnant que les auteurs n'aient pas vu que le langage même qu'ils employaient indiquait la nature juridique de ces sacrifices (1). » Rien n'est plus simple désormais. Les avaries communes ne sont que des sacrifices faits dans l'état de nécessité, des frais de conservation, des impenses nécessaires dans un but de salut et de bien commun. Ce système manque de logique ; en partant de l'état de nécessité, on aurait dû bannir la faute des avaries communes et se prononcer pour l'admission d'un résultat. Or, faisant un retour sur soi-même, on s'arrête à la notion de but parce qu'il y a là un expédient pour se tirer d'affaire. Tout est là, dans cette formule des frais de conservation ! De résultat, M. Haralambidis n'en veut pas entendre parler ; la faute, à juste titre d'ailleurs, est éliminée du cadre des avaries communes. Mais, vraiment, peut-on croire un seul instant que c'est avec un simple brocard latin, érigé en principe de droit, que l'on peut éliminer la notion de résultat ? Nous croyons, au contraire, que ce résultat est nécessaire à M. Haralambidis pour lui permettre d'as-

(1) Haralambidis, n° 201.

surer un privilège aux personnes à qui une contribution est due. Si la chose n'a pas été conservée, comment ce privilège pourra-t-il s'établir?

Mais notre étonnement est grand de constater qu'après s'être attaché solidement à cette idée que le capitaine n'est autre qu'un transporteur ordinaire, M. Haralambidis admette que toute personne peut effectuer un sacrifice pourvu que ce dernier soit en réalité nécessaire. Où en arrivons-nous ? De deux choses l'une, ou le capitaine est maître à bord, ou il ne l'est pas. S'il est responsable, il doit pouvoir commander ; et à quel titre le chargeur ayant jeté sa marchandise, sous le prétexte que tous les intérêts à bord étaient menacés d'un danger de perte totale, aurait-il le droit de demander contribution aux autres chargeurs, puisqu'il n'y a aucun lien juridique entre eux? Il ne faut pas, à notre avis, se payer de mots : une communauté existe ou elle n'existe pas ; mais, par des subtilités de langage, n'adoptez pas, pour les besoins du moment, une terminologie que vous reniez par la suite, comme n'entrant pas dans le cadre de vos conceptions ! M. Haralambidis a fait un travail d'une documentation très soignée, donnant pour chaque cas d'espèce des solutions qui, dans le domaine de la vie pratique, peuvent se soutenir, parce qu'elles répondent, somme toute, à un sentiment moyen de justice. Mais vraiment, au point de vue théorique, M. Haralambidis nous permettra-t-il de lui dire que, malgré tous nos efforts, nous n'arrivons pas à saisir la théorie qu'il nous propose ?

La preuve, à elle seule, qui suffit à bien montrer le caractère hybride de ce système, c'est qu'on a pu le prendre pour un dérivé de la théorie de l'enrichissement

sans cause. M. Maury (1) en a reconnu la paternité : « Elle n'est pas à notre avis, dit-il, autre chose que la théorie même de l'enrichissement sans cause sous un autre nom. » Il est vrai que M. Maury a une conception particulière de l'enrichissement sans cause. La notion d'enrichissement est pour lui à la base d'impenses nécessaires. « Tout au plus, ajoute-t-il, pourrait-on admettre qu'une longue tradition a introduit, en matière d'avaries communes, certaines règles particulières, a fait des avaries communes une théorie dérivée. » Cela ne manque pas d'être assez piquant : la théorie de M. Haralambidis, assimilée à celle de l'enrichissement, alors que ce dernier n'a cessé de lui adresser les plus légitimes critiques ! Mais, peu importe d'ailleurs ; qu'il nous suffise simplement de remarquer que M. Haralambidis aussi bien que M. Maury ont une conception fausse des avaries communes. M. Maury écrit notamment : « Le Code de commerce, appliquant la théorie de l'enrichissement sans cause, oblige les propriétaires des marchandises à contribuer à la perte subie par ceux dont la propriété a été sacrifiée. » Mais comment et pourquoi contribuent-ils ? « Parce que, nous répond-on, il serait injuste de ne pas accorder une indemnité à celui qui a souffert de la tempête, indemnité qui devra être payée par ceux qui n'en ont pas souffert. » Or, la contribution pour avaries communes n'est pas une indemnité, elle est une répartition du risque encouru sur les marchandises jetées et sauvées. Cela suffit, nous semble-t-il, pour condamner ces deux théories.

---

(1) Maury : Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français (Thèse Toulouse, 1920, t. II, p. 52 et S.).

§ 2. — **La théorie de l'enrichissement sans cause de M. Danjon et celle de l'assurance mutuelle de M. Ripert**

Nous croyons devoir rapprocher les théories de MM. Danjon et Ripert afin de bien marquer les différences de construction qui les séparent. M. Ripert ne considère que l'élément sacrifié, tandis que M. Danjon n'envisage que les éléments sauvés; l'un est porté vers l'assurance, l'association, tandis que l'autre sera amené à préconiser la théorie de l'enrichissement sans cause. Et nous allons voir comment ces points de départ opposés amènent à des conséquences juridiques différentes. Tandis que M. Ripert, partant de cette idée d'assurance, exigera un danger commun, M. Danjon, partant de l'idée d'enrichissement, se contentera d'un intérêt commun. Tandis que M. Ripert, de par la notion de contrat qui est à la base de celle d'assurance, sera amené à exclure la faute du domaine des avaries communes, M. Danjon, au contraire, professera pour elle la plus complète indifférence. Tandis que M. Ripert, se préoccupant uniquement de la perte éprouvée, rejettera la notion de résultat pour ne considérer que le but de salut commun, M. Danjon, au contraire, se cramponnera dans la mesure où il lui est nécessaire au résultat, afin de pouvoir limiter, en le contrôlant, le but d'intérêt commun. Mais ces deux auteurs sont d'accord sur un point. Ils font tous deux du capitaine un représentant et des chargeurs et de l'armement. Il n'y a guère que l'étiquette qui change : pour M. Ripert, le capitaine est un gérant d'association, alors que, pour M. Danjon, le capitaine est le représentant d'un consortium d'intérêts. Toutefois, il faut bien se rendre compte qu'il n'y a pas sous ces vocables d' « association », « consortium d'intérêts », un simple jeu de mots.

La première notion est beaucoup plus limitée dans sa compréhension que la seconde : pour M. Ripert, l'association disparaît avec le danger qui la justifiait; tandis que, pour M. Danjon, le consortium d'intérêts subsiste tout le temps qu'existe un intérêt commun.

Il ne faut pas s'y tromper, ces deux théories ont toutes deux une incontestable valeur : elles ont le mérite de la clarté et de la logique. La seule différence que nous entrevoyons entre elles, c'est que la théorie de M. Ripert est plus près de la vérité historique que ne l'est celle de M. Danjon. Mais, par contre, nous reconnaissons que M. Danjon est beaucoup plus près des nécessités pratiques que ne l'est M. Ripert. Il est certain que M. Ripert, bien qu'on puisse s'en étonner, nous ramène, hormis la notion de résultat, aux temps romains, par les conditions extérieures exigées : péril imminent, exclusivité de la faute, alors que, de toute évidence, sa théorie a un fondement associationniste que n'avait pas la théorie romaine. D'où vient à la fois cette concordance et cette divergence ? Nous croyons que cela tient à une conception, trop répandue, qu'il ne peut pas y avoir d'assurance en dehors d'un contrat, fût-il même tacite. Or, nous nous sommes attaché à démontrer précisément que cette conception-là ne répond pas à la réalité historique. Ce moyen âge que M. Ripert invoque à juste titre pour expliquer nos avaries communes, notamment le Consulat de la mer, ne se servait du contrat que comme moyen pour arriver à sanctionner les décisions rendues; mais le fondement de l'institution catalane n'a jamais été contractuel.

Mais, à bien y réfléchir, nos préférences ne manqueraient pas d'aller à M. Danjon, s'il n'y avait cette question troublante du résultat, qui étiquette d'une manière

trop exclusive sa théorie. Il est vrai que M. Danjon exige un résultat tellement particl qu'on se demande véritablement s'il vaut la peine d'en parler. Néanmoins, M. Danjon est bien obligé de reconnaître que l'enrichissement sans cause est en défaut quand il s'agit d'expliquer comment il se fait qu'une personne éprouvée doive contribuer à sa propre perte (1).

§ 3. — La théorie de l'assurance obligatoire de M. Bonnecasse

« Nous ne disons pas que la loi, en organisant les avaries communes, présume la volonté des intéressés ; nous disons que la loi, sous l'inspiration immédiate de la notion de droit, met en état d'assurance obligatoire ceux qui se livrent à une expédition maritime sur la base de la situation de fait créée par celle-ci (2). » Telle est la conclusion à laquelle arrive M. Bonnecasse, après avoir examiné, dans un tableau d'ensemble, les diverses théories émises sur la matière des avaries communes. M. Bonnecasse s'est arrêté un moment à la théorie de M. Ripert et se demande si, dans le fin mot des choses, elle ne représente pas la vérité.

M. Bonnecasse ne veut en aucune manière édifier une théorie, dans le vrai sens de l'expression, mais bien plutôt, comme nous le cherchons nous-même, trouver une explication. M. Bonnecasse fait une comparaison entre le prêt à la grosse, l'assurance, les avaries communes, et pense que ces trois institutions s'emboîtent les unes dans les autres. « Le prêt à la grosse a été la forme primitive

(1) Danjon, III, n° 1096.

(2) Bonnecasse : Le particularisme en droit commercial maritime, 1921, p. 114, 115, 116.

de l'assurance, l'institution des avaries communes n'est pas elle-même autre chose qu'un système d'assurance ; le fait qu'elle a apparu dans les temps les plus anciens n'empêche en rien ni pour rien qu'on ne l'explique aujourd'hui, organiquement et rationnellement, par l'idée d'assurance mutuelle obligatoire. » Nous ne saurions trop souligner les termes mêmes dont se sert M. Bonnecasse ; il s'agit d'une explication organique et rationnelle, d'un simple rapprochement que nous, modernes, nous sommes en droit de faire, car jamais, historiquement, les avaries communes n'ont été une assurance mutuelle. Qu'on ne s'y méprenne pas, d'ailleurs, M. Ripert a donné à sa théorie comme terminologie exacte « union d'intérêts », et ce n'est que par voie comparative qu'on lui a substitué une épithète plus commode, celle d'assurance mutuelle.

Ce point précisé, nous avons à nous demander ce que représente, au point de vue de ses conséquences juridiques, la théorie nouvelle de M. Bonnecasse. Ce ne sont plus les parties intéressées qui se mettent en état d'assurance mutuelle, par une simple présomption de volonté tacite, mais bien la loi qui les y met d'autorité, qu'elles le veuillent ou non. Simple jeu de mots, dira-t-on ! Non, car les conséquences juridiques de ces deux conceptions diffèrent essentiellement. M. Ripert, posant en fait que c'est comme si les parties avaient voulu se mettre en état d'assurance, cette dernière ne peut durer qu'autant qu'est sensée exister cette volonté de s'associer. Or, contre quoi s'est-on associé ? contre le danger. Donc, ce danger disparaissant, il n'y a plus d'assurance mutuelle. Avec M. Bonnecasse, du moment que c'est la loi qui assure, son assurance est évidemment plus large, plus extensible ; elle porte sur

l'ensemble de l'expédition d'une façon permanente, pendant tout le cours du voyage. Dès lors, nous n'avons pas à nous préoccuper si c'est le danger qui justifie les mesures prises par le capitaine, nous n'avons qu'à considérer une chose : la loi a voulu que nous soyons assurés. Dès lors, dès qu'une mesure sera prise par le capitaine, représentant de nous tous, chargeurs et armateurs, du moment que cette dernière correspondra à un but d'intérêt commun, la mesure intervenue sera bonifiée en avarie commune, parce que c'est la volonté de la loi qui en a décidé de la sorte.

Et nous nous demandons si vraiment cette théorie de M. Bonnecasse ne sera pas aussi la nôtre. N'est-elle pas, au fait, la terminaison logique, nécessaire, de cette longue évolution que nous nous sommes efforcé de retracer ? Nous avons dit et nous disons encore : il y a, entre tous les intéressés, un lien légal de majorité qui les enchaîne l'un à l'autre. Certes, cette majorité n'a plus l'occasion de se manifester, puisque la délibération, qui était sa raison d'être, n'est plus qu'une règle d'utilité générale. Mais nous estimons qu'on ne peut omettre, sciemment ou non, ce lien d'interdépendance entre toutes les parties de l'aventure : chargeurs, matelots et capitaine, marchandises et navire. Et, puisque vraiment une institution juridique n'a le droit de vivre que si elle a une étiquette qui corresponde aux conceptions de notre temps, appellons-la, avec M. Bonnecasse, une « assurance obligatoire » ! Mais nous sommes bien persuadé que l'ère des discussions n'est pas close. Demain, on se jettera, comme on s'y est déjà sans doute jeté, sur cette explication nouvelle et, armé d'une logique juridique impitoyable, on ne cessera de la discréditer encore.

CONCLUSION

Nous ne saurions terminer autrement qu'en émettant le vœu qu'au nom d'un soi-disant modernisme on ne s'attaque sans cesse aux institutions de notre passé. Qu'on y réfléchisse bien ! Cette œuvre est stérile. Nos conceptions d'aujourd'hui, dit-on, ne peuvent pas être celles d'hier. Vraiment, regardons donc autour de nous, est-ce que cet esprit de solidarité ne s'étend pas tous les jours davantage ?

Est-ce que cette idée de répartition collective de risques, qui est celle des avaries communes, n'a pas eu d'heureuses applications en matière de législation ouvrière ?

M. Cabouat (1) notamment, dans le domaine des accidents du travail, s'est efforcé de démontrer que le risque professionnel ne doit être considéré que comme une application particulière du principe de solidarité des risques entre personnes intéressées à une œuvre commune. L'œuvre commune à laquelle participent patrons et ouvriers, c'est l'entreprise, de même que l'expédition est celle des chargeurs et affréteurs. Dès lors, les uns et les autres partagent forfaitairement les risques éprouvés. L'ouvrier atteint d'une incapacité de travail

(1) Cabouat : Traité des accidents du travail, t. I, n° 113.

supporte sa part de dommage en ne recevant pas une indemnisation intégrale du préjudice subi, de même que le chargeur lésé contribue à sa perte en apportant dans la masse contributive les marchandises perdues. Cette analogie frappante a été très nettement marquée par M. Cabouat lui-même : « C'est sur ce principe que sont répartis, entre les chargeurs et le propriétaire du navire, les pertes causées par le jet à la mer, soit pour sauver le reste de la cargaison, soit pour assurer le salut du navire lui-même, d'une partie des marchandises transportées. Or, comment expliquer cette solution, sinon par cette idée très simple qu'entre individus exposés par une circonstance quelconque, association ou rapprochement fortuit aux mêmes risques, s'établit une solidarité virtuelle ayant cet effet de rendre commune la perte subie par l'un d'eux dans l'intérêt de tous et de contraindre la masse à indemniser celui d'entre eux que le sort a désigné comme devant subir une perte ou s'imposer un sacrifice. »

Au fond, la théorie des avaries communes n'est pas autre chose que la répartition légalement obligatoire d'un risque collectif. Par là, loin d'apparaître comme une institution désuète, elle se relie étroitement aux conceptions actuelles qui tendent à transporter dans le domaine du droit la grande loi de solidarité des individus et des intérêts.

M. le professeur Morin, en particulier, ne s'est-il pas efforcé de faire de ce lien d'interdépendance entre les hommes un instrument de rénovation de notre droit? La nouvelle figure juridique adoptée, celle de groupement, ne saurait trouver une meilleure expression que dans l'institution même des avaries communes. Dans son livre : « La révolte des faits contre le Code », M. le

professeur Morin, parlant de la masse de la faillite, dit : « La masse des créanciers forme un corps assimilable à une association, mais ce n'est pas une association libre, unissant seulement les individus qui y sont volontairement entrés. C'est un groupement que la loi impose aux créanciers, qu'ils le veuillent ou non. On peut dire de la masse que, quant à sa formation, elle est un syndicat obligatoire. » Ces idées pourraient s'appliquer également en ce qui concerne la masse pour avaries communes ; elle aussi constitue « un organisme dont tous les membres sont solidaires en vue de la réalisation d'un but d'intérêt collectif » (1).

(1) Morin : La révolte des faits contre le Code, p. 108.

Montpellier, le 9 décembre 1921.
Vu et approuvé : Le Président de la thèse,
Emile BECQUÉ.

Montpellier, le 10 décembre 1921.
Vu : Le Doyen,
Jules VALERY.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 13 décembre 1921.
Le Recteur,
Jules COULET.

BIBLIOGRAPHIE

Alauzet. — Traité général des assurances (1843).

Annales de droit commercial (1895-1897).

Azuni. — Dizionario universale regionato della jurisprudenza mercantile (4 vol., Livorno, 1882).

Baldasseroni. — Trattato della assecurazione marittima (Florence, 1876).

Bell. — Commentaries on the law of Scotland (7e ed, by M. Laren. Edimbourg, 1870).

Bonnecasse. — Le particularisme en droit maritime (1921).

Boucher. — Sur le Consulat de la mer et l'histoire du droit maritime (2 vol. in-8°. Paris, 1808).

Cabouat. — Traité sur les accidents de travail (2 vol. Paris, 1901).

Capmany. — Historica sobra la marina commercio y artes de Barcelona.

Casaregis. — Discursus legales de commercio.

Cauvet. — Sur les assurances maritimes (2 vol. Paris, 1862).

Cicéron. — De officiis.

— Pro lege Manilia.

— Brutus.

— De claris oratio.

— Les Philippiques.

Cleirac. — Les us et coutumes de la mer (1647).

Cosak. — Traité de droit commercial (Traduction. Mis. 3 vol. in-8°, Paris, 1907).

Courcy (De). — Questions de droit maritime (4 vol. in-8°. Paris, 1877-1888).

Cuq. — Manuel des institutions juridiques des Romains (1 vol. in-8°).

Danjon. — Traité de droit maritime (6 vol. in-8°. Paris, 1910-1916).

Daremberg et Saglio. — Dictionnaire des antiquités grecques et romaines (10 vol. in-4°, 1877-1912).

Desjardins. — Traité de droit commercial maritime (9 vol. in-8°. Paris, 1878-1890).

Diez. — Etymologisches Wörterbuch der romanischen Sprachen (5e éd., 1887).

Duck. — De usu et auctoritate juris civilis Romanorum (Lugd. Batav., 1654).

Dufour. — Droit maritime (2 vol. in-8°. Paris, 1859).

Eoard. — Law of merchant shipping (1886).

Emerigon. — Traité des assurances et des contrats à la grosse (2 vol. in-4°. Marseille, 1873).

Ferretus. — De jure et re navali (1579).

Frémery. — Etudes de droit commercial (1 vol. in-8°. Paris, 1835).

Goldschmidt. — Universalgeschichte des Handelsrechts (in-8°, 1891).

— Storia universale del diritto commerciale (in-8°, 1910).

— Lex Rhodia und Agermanament (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 1889, t. XXXV, p. 36).

Grimm. — Geschichte der deutschen Sprachen (1848).

Haralambidis. — Du caractère distinctif des avaries communes (Thèse Paris, 1920).

Hopkins. — A handbook of average (4e éd. London, 1884).

Isembert. — Recueil général des anciennes lois françaises (t. XX, 1672 à 1686).

Juan de Hevia Bolanos. — Curia Filipica (1619).

— Commercio naval (Madrid, 1717).

Krueger. — Histoire des sources du droit romain.

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial (9 vol. 4e édit. Paris, 1906-1912).

Maury. — De la notion d'équivalence en droit civil français (Thèse Toulouse, 1920).

Morel. — Sur les avaries communes (1 vol. in-8°. Paris, 1874).

Morin. — La révolte des faits contre le Code (Paris, 1920).

Nouvelle revue historique (1895).

Oliver. — Historica del derecho en Cataluna (4ª éd. Madrid, 1876).

Pardessus. — Collection de lois maritimes (6 vol. in-4°. Paris, (1828-1845).

— Les us et coutumes de la mer (2 vol. in-4°. Paris, 1867).

Pappenheim. — Die altdünischen Schussgilden (1885).

Parsons. — Law of business (New. ed. Hartford, 1885).

Pastoret. — Sur l'influence des lois rhodiennes (1784).

Piantianida. — Della jurisprudenza marittima commerciale antica e moderna (Milano, 1806).

Revue de philologie de 1905.

Ripert. — Droit maritime (2 vol. in-8°. Paris).

Salluste. — Ad Caesarem de republica ordinanda.

Silberschmidt. — Die commenda in ihrer führsten Entwicklung (1884).

Straccha. — Tractatus de mercature seu mercatura (1553).

Tamassia. — L'affratellamento (Turin, 1886).

Targa. — Spiegazione del Consolato.

— Ponderazioni sopra la contrattazione marittima.

Travers Twiss. — Black book.

Vernay. — Servius et son école (Thèse Lyon, 1909).

Valin. — Commentaires sur l'ordonnance de la marine de 1681.

Wagner. — Geschichte des griechisch-römischen Rechts.

Vinnius. — Peckius a tit. D. et Cod ad rem nauticam pertinentes commentarii (ed. Amstelod. 1668).

Tecklenborg. — Handlexikon für Rheder (1856).

Montpellier. — *L'Abeille*, Imprimerie Coopérative ouvrière
14, avenue de Toulouse. — Téléph. 8-78.